



Straatsburg, 18 oktober 2021

CDL-AD(2021)031

Advies nr. 1031/2021

Of. Engels

EUROPESE COMMISSIE VOOR DEMOCRATIE DOOR WET

(COMMISSIE VAN VENETIË)

NEDERLAND

MENING

OVER DE RECHTSBESCHERMING VAN BURGERS

Aangenomen door de Commissie van Venetië tijdens haar 128e plenaire zitting (Venetië en online, 15-16 oktober 2021)

Op basis van opmerkingen van

De heer Richard BARRETT (lid, Ierland)
Mevrouw Claire BAZY MALAURIE (lid, Frankrijk)
De heer Eirik HOLMØYVIK (plaatsvervangend lid, Noorwegen)
Mevrouw Jasna OMEJEC (lid, Kroatië)

Inhoud I.

I. inleiding

1. Bij brief van 25 februari 2021 heeft mevrouw Khadija Arib, voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, de Commissie van Venetië om advies gevraagd over twee vragen in de zaak Kinderopvangtoeslag:

1) Welke wetten, welke uitvoering of welke praktijken hebben er toe bijgedragen dat macht en tegenmacht in dit geval onvoldoende werkten en de burger in het midden werd verpletterd? Welke mogelijke oplossingen zijn er om dit te herstellen en om dit in de toekomst te voorkomen?

2) Is het bestuursrecht in Nederland, inclusief de Raad van State, voldoende, en welke checks and balances moeten worden toegevoegd aan het recht of de uitvoering van het bestuursrecht (en eventueel aangrenzende takken van het recht), om burgers adequate bescherming te bieden, inclusief effectieve toegang tot de rechter en tot rechtsbijstand?

2. De heer Richard Barrett, mevrouw Claire Bazy Malaurie, de heer Eirik Holmøyvik en mevrouw Jasna Omejec traden op als rapporteurs voor dit advies.

3. Op 24 en 25 juni 2021 hadden de heer Richard Barrett, mevrouw Claire Bazy Malaurie, de heer Eirik Holmøyvik en mevrouw Jasna Omejec, bijgestaan door de heer Schnutz Dürr van het secretariaat, online ontmoetingen met vertegenwoordigers van het Nederlandse parlement, het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, het Ministerie van Justitie en Veiligheid, het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, het Ministerie van Financiën, de Hoge Raad, de Raad van *State en* de Raad voor de *Rechtspraak),* alsmede de Ombudsman, opsporingsadvocaten, opsporingsjournalisten, vertegenwoordigers van de academische gemeenschap en de *Bond voor Belastingbetalers* (hierna “de gesprekspartners”).

4. Dit advies is opgesteld op basis van de Engelse vertaling van het rapport 2020 van de Parlementaire Enquêtecommissie Kinderopvangtoeslag getiteld "Unprecedented injustice" *(Ongekend onrecht)* (hierna "het PIC-rapport 2020") (CDL-REF(2021)073). Het is mogelijk dat de vertaling de originele versie niet op alle punten accuraat weergeeft. Ook beschikte de Commissie over onofficiële vertalingen van het Rapport van de Nationale Ombudsman ‘Geen powerplay maar fair play’ 2017 *(hierna* ‘het Ombudsmanrapport 2017’)1 en diverse andere teksten.

5. Dit advies is opgesteld op basis van het commentaar van de rapporteurs en de resultaten van de online bijeenkomsten op 24 en 25 juni 2021. Op 12 oktober 2021 heeft de Permanente Vertegenwoordiger van Nederland bij de Raad van Europa feitelijk commentaar op het ontwerp ingediend mening.
Het ontwerpadvies werd besproken tijdens de gezamenlijke vergadering van de subcommissies voor de rechtsstaat en de democratische instellingen op 14 oktober 2021. Na een gedachtewisseling met mevrouw Judith Tielen en de heer Pieter Omtzigt, leden van het Huis van Afgevaardigden, werd aangenomen door de Commissie van Venetië tijdens haar 128e plenaire zitting (Venetië en online, 15-16 oktober 2021).

II. Achtergrond

6. De onderstaande presentatie van de achtergronden van de Kinderopvangtoeslag-zaak is gebaseerd op het PIC-rapport 2020 en het Ombudsmanrapport 2017.

---

[1] Rapport van de Nationale Ombudsman “Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag” (Geen *powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnenmetkinderopvangtoeslag)* van 9 augustus 2017, Rapportnummer: 2017/095. De originele versie van het Rapport de is beschikbaar op https://www.nationaleombudsman.nl/system/files/onderzoek/Rapport%202017-095%20Geen%20powerplay%20maar%20fair%20play_0.pdf (de Commissie van Venetië had toegang tot een onofficiële vertaling)

7. Op 23 juni 2005 heeft het Nederlandse parlement de Wet harmonisatie inkomensafhankelijke regelingen aangenomen (Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen of Algemene wet inkomensafhankelijke regeling – hierna “de AWIR”), waarmee een complex kinderopvangcomplex werd opgericht. toeslagensysteem waarbij ouders specifieke voorschoolse en buitenschoolse kinderopvangdiensten op een gereglementeerde markt kopen bij een geregistreerd kindercentrum *(bijvoorbeeld* een kleuterschool) of *gastouder.* Volgens deze regeling krijgen de ouders, afhankelijk van hun inkomen, een deel van de kosten vergoed als tegemoetkoming.

8. Deze toeslag *is* een voorlopig en voorwaardelijk voorschot dat door de Staat vooraf aan de aanvragers wordt betaald. De staat vergoedt slechts een deel van de kosten van kinderopvang. Het restant moeten ouders altijd zelf betalen. Hun eigen bijdrage is verplicht en zij moeten kunnen aantonen dat zij deze voorzien hebben van relevante bankafschriften.

9. In tegenstelling tot de “algemene sociale uitkeringen” die bedoeld zijn om een minimaal bestaansniveau te garanderen, waaronder de “kinderbijslag” *die* beschikbaar is voor alle burgers, is de kinderopvangtoeslag een “inkomensafhankelijke uitkering”, die afhankelijk wordt gemaakt van een bewijs dat iemands inkomen beneden een bepaald niveau ligt en dat alleen op verzoek wordt uitbetaald. Met de goedkeuring van de AWIR in september 2005 werden de inkomensafhankelijke toelagen met betrekking tot kinderopvang, gezondheidszorg en huisvesting geharmoniseerd.[2]

10. Het nieuwe systeem impliceerde ook een overdracht van de functie om de toeslag te betalen van de sociale dienst naar de Belastingdienst /*Toeslagen.*

11. Het duurde tot 2011 voordat de Belastingdienst zijn capaciteit opbouwde en een ICT-systeem introduceerde dat het mogelijk maakte om op grotere schaal controles uit te voeren. Binnen dat ICT-systeem werden de als verdacht beschouwde toepassingen geselecteerd op basis van een risicoclassificatiemodel, gebaseerd op Artificial Intelligence (AI), een algoritme dat ‘zelf leerde’ uit voorbeelden van correcte en onjuiste toepassingen. Een van de vele indicatoren die werden gebruikt om fraudegevallen te identificeren was het staatsburgerschap en aanvragers van buitenlandse afkomst werden door het systeem geselecteerd voor een gedetailleerd onderzoek van hun aanvragen.

12. In 2013 kwam aan het licht dat er bij een grootschalige fraude een crimineel plan was opgezet om de Nederlandse staat jarenlang systematisch te bedriegen van sociale uitkeringen. De leiders van het programma hadden individuen gerekruteerd om naar Nederland te reizen, waar ze zich als ingezetenen lieten registreren en vervolgens huisvestings- en gezondheidszorgsubsidies aanvroegen. Vervolgens keerden ze terug naar hun thuisland, haalden het geld op bij geldautomaten en deelden de opbrengst met de leiders.

13. Het systeem was zo ontworpen dat de toelage werd betaald op verzoek van de ouders met een raming van de kosten van de kinderopvang voor het volgende jaar. Dankzij een minimale initiële verificatie zou bijna iedereen die een aanvraag indiende “voorschotten” op de toelage ontvangen.
Vervolgens zouden er verificaties plaatsvinden. Tot 1 januari 2021 luidde artikel 26 van de AWIR, getiteld ‘Vordering verschuldigd door belanghebbende’, als volgt: ‘ *Indien een herziening van een toeslag of een herziening van een voorschot resulteert in een terug te vorderen bedrag of indien een verrekening van een voorschot met een tegemoetkoming daartoe leidt, is betrokkene het volledige bedrag van de terugvordering verschuldigd."* Deze bepaling werd door de Belastingdienst geïnterpreteerd als de zogenaamde ‘alles of niets-aanpak’, zodat ook als een ouder te goeder trouw had gehandeld maar noch de ouder, noch de gastouder een bewijs kon leveren van verbruikte uren of ouderbijdrage etc. ., moest de ouder het volledige bedrag voor het hele jaar terugbetalen. De ‘alles of niets-aanpak’ droeg bij aan hoge terugbetalingseisen, zoals bij 15% van de ouders het geval was.[3] De terugbetalingsverzoeken konden teruggaan tot de voorgaande vijf jaar. Elke kleine discrepantie tussen de vooraf aangekondigde betalingen en de daadwerkelijk in de loop van het jaar verrichte betalingen werd als volgt geïnterpreteerd

2 Het PIC-rapport 2020.
3 Het PIC-rapport 2020, p. 57.

frauduleus en leidde tot de verplichting om de vergoeding volledig terug te betalen (de zogenaamde “alles of niets-aanpak”).

14. Deze strikte aanpak werd niet afgezwakt door een evenredigheidstoets of een hardheidsclausule. Terwijl de Afdeling advisering van de Raad van State4 waarschuwde tegen het aannemen van de betreffende wet zonder een hardheidsclausule, wees de Raad voor de Rechtspraak, die over het ontwerp werd geraadpleegd, erop dat het opnemen van een hardheidsclausule een bron van conflicten zou kunnen zijn en zou om die reden aanleiding kunnen geven tot veelvuldig beroep bij de bestuursrechter.5 Uiteindelijk werd de wet aangenomen met een onpraktische hardheidsclausule die alleen betrekking had op de gevolgen van de vermogenstoets.6 Pas in juni 2020 voerde de wetgever de nieuwe AWIR Hardheidsaanpassingswet. Het breidde de bestaande clausule uit en introduceerde een zogenaamde hardheidsregeling in de AWIR.7

15. De ‘alles of niets-aanpak’ leidde tot enorme claims voor terugbetaling van ouders. In sommige gevallen bedroeg het jaarlijks betaalde bedrag zo'n 30.000 euro en moest het hele bedrag al enkele jaren geleden worden terugbetaald, ook al was het aantal onjuiste claims veel kleiner.

16. Veel ouders gingen in beroep bij de bestuursrechter en sommigen van hen wonnen hun zaak in eerste aanleg.8 In deze zaken ging de Belastingdienst in beroep bij de hoogste bestuursrechter, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, die echter ‘alles’ bevestigde. of niets aanpak”.

17. Ouders vonden het erg moeilijk om uitleg te krijgen voor deze aanpak, omdat het systeem sterk gecentraliseerd was. De lokale sociale diensten waren niet bevoegd omdat de administratie centraal was ondergebracht bij de Belastingdienst en klachten alleen via een telefonisch callcenter konden worden ingediend. Het lijkt erop dat er sinds 2013 interne instructies zijn gegeven dat er geen hulp aan de betrokken ouders zou worden gegeven.

18. De onthulling van deze grootschalige fraude gaf een belangrijke impuls aan het fraudebestrijdingsbeleid van de regering. Onder druk van publieke opinie en politiek heeft de Belastingdienst dit gedaan heeft een rigoureuze methode aangenomen om fraude te bestrijden.

19. Om fraude tegen te gaan heeft de Belastingdienst in 2013 bij het Ministerie van Financiën een speciaal managementteam fraudebestrijding opgericht, het *‘Combiteam Aanpak Facilitators’ (CAF).* Medewerkers van alle afdelingen van de betrokken ministeries zouden signalen van mogelijke fraudefacilitatoren aan het CAF kunnen doorgeven. Het CAF-team startte het zogenaamde “CAF 11”-onderzoek tegen een gastoudercentrum, wat resulteerde in talrijke bezoeken aan het centrum en administratieve controles. Volgens het PIC-rapport uit 2020 werd de toelage voor hele groepen ouders in de CAF 11-affaire op onrechtmatige wijze stopgezet, was er geen sprake van eerlijk spel en was de tijd die nodig was om met bezwaren om te gaan veel te lang. Uiteindelijk is er geen fraude geconstateerd. Het bleek dat CAF had gewerkt in de veronderstelling dat 80% van de ontvangers "slecht" en 20% "goed" was, ondanks het feit dat een dergelijke aanpak betekende dat zelfs mensen die geen enkele overtreding hadden begaan, gesanctioneerd zouden worden. Dit werd de ‘80/20-aanpak’ of groepsaanpak genoemd.

---

4 Zie VI.C hieronder voor de structuur van de Raad van State.

5 Memorie van toelichting bij de AWIR 2005 van de AWIR 2005 – *Memorie van toelichting - Harmonisatie van inkomensafhankelijke regelingen,* Kamerstukken II, 2004/05, 29764, nr. 3, https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29764-3.html. Op 19 oktober 2011 heeft de Raad voor de Rechtspraak bezwaar gemaakt tegen een verdere aanscherping van het sanctiebeleid op het gebied van de sociale en arbeidswetgeving.

6 *Gewijzigd wijziging van de leden OMTZIGT en WEEKERS ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 13 (nr. 32),* verkrijgbaar via https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29764-32.html.

7 Wet van 1 juli 2020 tot wijziging van de Algemene Inkomensafhankelijke Regeling in verband met de verlenging van de hardheidsclausule en de introductie van de hardheidsregeling, een vangnetvoorziening, de grondslag voor een compensatieregeling alsmede een O/GS- compensatieregeling (AWIR Hardship Adjustment Act), beschikbaar op https://wetten.overheid.nl/BWBR0043785/2020-07-07.

8 Het lijkt erop dat algemene instructies zijn achterwege gelaten in de dossiers die aan de rechtbanken zijn verstrekt.

20. De CAF 11-affaire leidde tot het Ombudsmanrapport uit 2017 "Geen machtsspel maar eerlijk spel. Er wordt disproportioneel hard opgetreden tegen 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag. Ondanks het advies van de Ombudsman uit 2017 werd er niet actief compensatie aangeboden aan de ouders van wie de toeslag onterecht was stopgezet. Ouders moesten zelf een aanvraag tot schadevergoeding indienen.

21. In 2017 heeft de Juridisch Hoofdadviseur van de Belastingdienst een interne nota geschreven waarin hij wees op ernstige problemen in het kinderopvangtoeslagstelsel (de “Memo Palmen”). Volgens het PIC-rapport van 2020 is die memo niet op de juiste manier aan het dossier toegevoegd, en ook niet opgenomen in een reeks factsheets die in 2019 door het ministerie van Financiën voor de staatssecretaris zijn opgesteld. Alleen op specifiek verzoek, een geredigeerde versie, waarin de belangrijkste passages zijn weggelaten, werd in oktober 2020 aan het Parlement toegezonden en het Parlement ontving de volledige memo pas in december 2020.

22. Nadat sterke inspanningen van advocaten die ouders vertegenwoordigden tot berichtgeving in de media en verdere ondervragingen door de Ombudsman en individuele parlementsleden leidden, heeft de Adviescommissie Uitvoering Toeslagen bij de Belastingdienst (bekend als de ‘Donnerscommissie’) een compensatieregeling voorgesteld voor ouders in de CAF 11-zaak.

23. Ten slotte heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 23 oktober 2019 haar interpretatie van de AWIR radicaal gewijzigd en twee arresten gewezen waarin de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het evenredigheidsbeginsel werden toegepast (CDL-REF(2021)076) .9

24. Op 15 januari 2021 heeft de minister-president een brief gestuurd naar de voorzitter van de Tweede Kamer10 waarin hij namens de regering zijn excuses aanbood voor de ongekende ontberingen die de ouders en hun kinderen hebben moeten doorstaan. Hij kondigde een reeks hervormingen aan met betrekking tot het uitkeringsstelsel, maar ook algemene maatregelen om te verbeteren hoe waarschuwingssignalen serieuzer kunnen worden genomen, over het verbeteren van de toegang tot het bestuur, het verbeteren van de wetgeving, het vermijden van discriminatie en het verstrekken van informatie aan het parlement. Op dezelfde dag trad de regering af. Vervolgens vonden er verkiezingen plaats. Ten tijde van het opstellen van dit advies kent Nederland nog een overgangsregering.

25. Op 17 juli 2020 heeft de Autoriteit Persoonsgegevens een rapport gepubliceerd waarin zij erop wees dat het risicobeoordelingssysteem van de Belastingdienst, gebaseerd op Kunstmatige Intelligentie, de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) van de EU niet had gerespecteerd en zich had gebaseerd op discriminerende gegevens over burgerschap.11

26. Volgens het PIC-rapport van 2020 werd later onthuld dat tussen 2012 en 2019 ongeveer 25.000 tot 35.000 mensen schuldig waren bevonden aan opzet of grove nalatigheid, maar het bleek dat in 94% van dergelijke gevallen de aanwijzing van opzet of grove nalatigheid was ongerechtvaardigd, “omdat de reden niet goed was vastgelegd, omdat er geen duidelijk bewijs was van opzet of grove nalatigheid, of omdat de gronden voor de aanwijzing niet aan de betrokken ouders waren gegeven”.12

---

9 Naar aanleiding van het Kameronderzoeksrapport (zie hieronder) heeft de voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State een artikel gepubliceerd: Bart Jan van Ettenkoven, Tussen wet en recht, https://www . njb.nl/media/4119/098-107_njb02_art02.pdf) – beschikbaar in Engelse vertaling.

[10] https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/01/15/kamerbrief-met-reactie-kabinet-op-rapport-ongekend-onrecht (de Commissie van Venetië had toegang tot een informele vertaling).

[11] Belastingdienst/Toeslagen, De verwerking van de nationale aanvragen van kinderopvangtoeslag, z2018-22445, https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files /atoms/files/ onderzoek_belastingdienst_ki Onderzoeksrapport

onderopvangtoeslag.pdf.

[12] Kamerstuk II 2019/20, 31 066, nr. 613, vermeld in het PIC-rapport 2020, p. 25.

27. Het PIC-rapport 2020 concludeerde:

"De commissie constateert dat bij de invoering van de kinderopvangtoeslag de basisbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden. Dit verwijt betreft niet alleen de uitvoering – met name door de Belastingdienst/ Toeslagen – maar ook de wetgever en de rechterlijke macht.'

[…]

'Zonder commentaar te willen geven op individuele rechterlijke uitspraken merkt de commissie op dat het bestuursrechtssysteem jarenlang ook een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan het in stand houden van de meedogenloze toepassing van de wetgeving inzake kinderopvangtoeslag, naast hetgeen dwingend door de wet is bepaald. Daarmee verwaarloosde het bestuursrechtssysteem zijn belangrijke functie, namelijk het waarborgen van de wettelijke rechten van individuele burgers. De commissie was vooral getroffen door het wegredeneren van de algemene beginselen van goed bestuur, die geacht worden te fungeren als buffer en beschermende deken voor mensen in nood, en die tot oktober 2019 heeft voortgeduurd."

III. Algemene opmerkingen / normen

A. Reikwijdte van het advies

28. De vragen die de Tweede Kamer aan de Commissie van Venetië stelde, hadden alleen betrekking *op de kinderopvangtoeslag* . Het PIC-rapport 2020 gaat op vergelijkbare wijze alleen over de kinderopvangtoeslag. In hetzelfde rapport merkte de onderzoekscommissie echter op:

"[T]wee weken voor de publicatie van dit rapport is er een brief aan de Tweede Kamer gestuurd waarin staat dat de compensatieregeling zou worden uitgebreid tot mensen die onrechtvaardig zijn behandeld op het gebied van de zorgtoeslag, huurtoeslag en de kinderbijslag. gebaseerd budget (kindgebonden budget), ook al was tijdens de openbare hoorzittingen aangegeven dat er geen aanwijzingen waren dat er fouten waren gemaakt met betrekking tot eventuele andere uitkeringen.'13

29. Tijdens de videovergaderingen bevestigden gesprekspartners dat het PIC-rapport 2020 geen alomvattend beeld geeft van het onderzochte probleem. Het lijkt erop dat er in de Tweede Kamer ook een debat heeft plaatsgevonden over dit bredere probleem op het gebied van de sociale uitkeringen (en wellicht de belastingen) in Nederland.

30. Desondanks concentreert dit advies zich op het verduidelijken van de juridische achtergrond van de Kinderopvangtoeslagzaak, om zo cruciale problemen op het gebied van het bestuursrecht en de bestuurspraktijk in Nederland aan het licht te brengen. De voorstellen uit dit advies kunnen echter ook relevant zijn voor andere gebieden van het bestuursrecht.

31. De Commissie van Venetië verkeert niet in een positie om causale verbanden tussen specifieke feiten en tekortkomingen in de bescherming van de rechtsstaat te onderzoeken en vast te stellen. Wat de feiten betreft, is het advies gebaseerd op informatie van de Nederlandse autoriteiten, met name het rapport van het Parlement, en op informatie verstrekt door de gesprekspartners en via openbare bronnen.

B. Rechtsstaat

32. Van meet af aan moet duidelijk worden gemaakt dat de Commissie van Venetië in het algemeen van mening is dat Nederland een goed functionerende staat is met sterke democratische instellingen en waarborgen voor de rechtsstaat.

33. Het bestrijden van fraude met betrekking tot sociale uitkeringen en het nemen van maatregelen om de efficiëntie van het openbaar bestuur te bevorderen zijn beide legitieme doelstellingen die niet ter discussie staan. Alle maatregelen die worden genomen om deze doelstellingen te bereiken, moeten echter de rechtsstaat eerbiedigen.

---

13 Het PIC-rapport 2020.

34. De rechtsstaat wordt gerealiseerd via opeenvolgende niveaus die op progressieve wijze worden bereikt. De volledige verwezenlijking van de rechtsstaat blijft een voortdurende taak, zelfs in de gevestigde democratieën.14 Voor alle landen is het voldoen aan de eisen van de rechtsstaat een continu proces, dat gelijke tred moet houden met de veranderende politieke, sociale en economische ontwikkelingen. , culturele en technologische omstandigheden. In dit opzicht gaat het bij het handhaven van de rechtsstaat niet alleen om instellingen en formele juridische waarborgen, maar ook om het handhaven van een gunstig klimaat voor de rechtsstaat via de politieke en juridische cultuur binnen de samenleving.15 Dit vereist een politieke cultuur met een hoog mate van bewustzijn van de rechtsstaatgevolgen van politieke beslissingen en het uitoefenen van zelfbeheersing wanneer politiek gewenste maatregelen in strijd zijn met de rechtsstaat. Het vereist ook een juridische cultuur waarin de rechtsstaat wordt aanvaard als raamwerk voor en beperking van democratische besluiten en beleid.

35. Bijna alle problemen die verband houden met de kwestie van de kinderopvangtoeslag zouden kunnen worden geanalyseerd aan de hand van het rapport van de Commissie van Venetië over de rechtsstaat en de richtlijnen voor de checklist voor de regels van de wet (waarvan sommige gericht zijn aan de wetgevende macht, andere aan de uitvoerende macht, en sommige aan de rechterlijke macht) in het rapport van de Commissie van Venetië uit 2011 over de rechtsstaat (voetnoten niet geciteerd):

> *"46. Rechtszekerheid vereist dat rechtsregels duidelijk en nauwkeurig zijn, en erop gericht zijn te garanderen dat situaties en juridische verhoudingen voorzienbaar blijven. […]*
> *47. Bovendien mag het Parlement de grondrechten niet terzijde schuiven door middel van dubbelzinnige wetten. Dit biedt essentiële juridische bescherming van het individu tegenover de staat en zijn organen en agenten.*
> *48. Rechtszekerheid betekent ook dat toezeggingen of beloften die de staat aan individuen doet, in het algemeen moeten worden gehonoreerd (de notie van de 'legitieme verwachting').*
> *49. De behoefte aan zekerheid betekent echter niet dat regels zo inflexibel moeten worden toegepast dat het onmogelijk wordt om rekening te houden met de dictaten van menselijkheid en eerlijkheid. […]*
>
> *51. Rechtszekerheid – en de suprematie van de wet – impliceren dat de wet in de praktijk wordt uitgevoerd. Dit betekent ook dat het uitvoerbaar is. Daarom is het van groot belang om te beoordelen of de wet in de praktijk uitvoerbaar is voordat deze wordt aangenomen, en om a posteriori te controleren of deze effectief kan worden toegepast. Dit betekent dat ex ante en ex post evaluatie van wetgeving in overweging moet worden genomen bij het aanpakken van de kwestie van de rechtsstaat."16*

36. De checklist voor de rechtsstaat van de Commissie van Venetië somt een aantal beginselen op waarmee rekening moet worden gehouden in verband met de kwestie van de kinderopvangtoeslag. Bijzonder relevant zijn *de legaliteit,* inclusief het bestaan van effectieve rechterlijke toetsing, *rechtszekerheid, juridische waarborgen tegen willekeur en machtsmisbruik,* en *non-discriminatie.*[17]

37. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens erkent de rechtsstaat niet alleen zoals die tot uiting komt in specifieke rechten en in de handhaving van rechten, maar ook op wetgevingsniveau. Het belang van de voorspelbaarheid van wetgeving voor de rechtsstaat wordt door het EHRM erkend sinds 1984. Malone-uitspraak18 en latere uitspraken hebben gewaarschuwd tegen het toekennen van een te ruime discretionaire bevoegdheid aan de uitvoerende macht, aangezien dit tot willekeurige beslissingen kan leiden.19 Men zou kunnen stellen dat het ontbreken van De discretionaire bevoegdheid die de wet aan de administratieve autoriteiten bood, was de oorzaak van het probleem

---

14 Commissie van Venetië, CDL-AD(2016)007, checklist voor de rechtsstaat, IA para. 29.
15 Commissie van Venetië, CDL-AD(2016)007, checklist voor de rechtsstaat, IA para. 42.
16 Commissie van Venetië, CDL-AD(2011)003rev, Verslag over de rechtsstaat.
17 Commissie van Venetië, CDL-AD(2016)007, checklist voor de rechtsstaat.
18 Malone tegen Groot-Brittannië, nr. 8691/79, § 67: Het nationale recht moet "verenigbaar zijn met de rechtsstaat, die uitdrukkelijk wordt vermeld in de preambule van het Verdrag … en dit volgt uit het voorwerp en doel van artikel 8 (art. 8) – dat er een maatregel zijn van wettelijke bescherming in het nationale recht tegen willekeurige inmenging door overheidsinstanties in de rechten die worden gewaarborgd door paragraaf 1 (art. 8-1)".

19 Zie bijvoorbeeld Amman tegen Zwitserland [GC], nr. 19. 27798/95, par. 56, Rotaru v. Roemenië, nr. 28341/95, par. 55.

in onderzoek. De hardheid van de wetgeving werd echter nog verergerd door de ‘alles of niets-aanpak’ van de Belastingdienst. Deze benadering was niet de enige mogelijke interpretatie van de strenge wet, maar eerder een keuze van de autoriteiten bij de interpretatie en toepassing van de wet.

C. Voorbeelden van soortgelijke gevallen in andere landen

38. Opgemerkt moet worden dat enkele van de belangrijkste elementen in de Nederlandse Kinderopvangtoeslag-zaak, zoals rigide wetgeving om fraude met uitkeringen te voorkomen en onvoldoende interne en externe controle van administratieve instanties, prominente kenmerken waren in een soortgelijk geval van grootschalige onrechtmatige bestraffing van de ontvangers van sociale uitkeringen ontdekt in Noorwegen in 2019.[20] In dat geval probeerden opeenvolgende regeringen socialezekerheidsfraude te bestrijden en de export van dergelijke uitkeringen te verminderen. Omdat de Nationale Verzekeringswet niet correct in overeenstemming was gebracht met de EER[21]- wetgeving, heeft de Arbeids- en Welzijnsadministratie (NAV) de wet jarenlang verkeerd toegepast door ontvangers van bepaalde voordelen te verplichten in Noorwegen te blijven en niet naar andere EER-landen te reizen. Een groot aantal mensen werd de uitkeringen geweigerd waar ze wettelijk recht op hadden, velen kregen onrechtmatige aanspraken op terugbetaling, en sommigen zaten ook gevangenisstraffen uit wegens fraude waartoe ze niet veroordeeld hadden mogen worden. Uit het officiële onderzoek bleek dat de managementcultuur binnen NAV er niet toe leidde dat gevestigde waarheden in twijfel werden getrokken, circulaires onjuist waren wat de wet betreft, het ministerie geen systemen had om de praktijk van NAV te controleren, en dat zowel de aanklagers als de rechtbanken, waaronder het Hooggerechtshof, grotendeels vertrouwden op de uitspraken van NAV. interpretatie van de wet. Het rapport concludeerde: “De zaak illustreert wat de uitkomst kan zijn als de instellingen die geacht worden ervoor te zorgen dat de overheid geen onrecht aan individuen toebrengt, niet over de middelen beschikken die nodig zijn om dat te doen, niet inhoudelijk up-to-date zijn en niet reageren. of adequaat communiceren.”[22]

39. Een ander voorbeeld is de Irish Long Stay Care Affair, die betrekking had op het onrechtmatig in rekening brengen van bewoners van ouderenzorg in Ierland gedurende een periode van bijna drie decennia. Deze praktijk bleef bestaan ondanks het feit dat er herhaaldelijk en steeds meer twijfels ontstonden over de rechtsgrondslag die aan deze beschuldigingen ten grondslag lag. Na die gebeurtenis werd in een rapport (het Travers-rapport) melding gemaakt van een overdreven vertrouwen in het vermogen van de wetgeving om alle situaties aan te pakken. Net als bij de zaak over de kinderopvangtoeslag lijkt er sprake te zijn geweest van een overmatig vertrouwen op de wet, aangezien hierover door een rechtbank is beslist, zonder enige gedachte om een beleidsbeslissing te nemen om het standpunt te veranderen. In het geval van de Ierse Long Stay Care-affaire was dit een totaal ongefundeerd geloof in het vermogen van de wet om de situatie in kwestie aan te pakken, ondanks talloze adviezen die het tegendeel beweerden.

40. Uit deze paar voorbeelden blijkt dat de Nederlandse Kinderopvangtoeslag niet uniek is. Veel van de suggesties die in dit advies worden ontwikkeld, kunnen ook van toepassing zijn op andere landen.

IV. Het wetgevende niveau

A. Algemene opmerkingen

41. Nederland beschikt over een uitgebreid en alomvattend systeem voor het beoordelen van wetsontwerpen. Maar in dit geval werkte dit systeem niet goed. Bepaalde risico's in de wet werden niet gezien of wanneer ze wel werden opgemerkt, werden ze buiten beschouwing gelaten. De Afdeling Advies van de Raad van State had de noodzaak onderkend van een manier om discretie uit te oefenen om de ontberingen te verlichten, maar de voorstanders van de wet negeerden dat risico en gaven de voorkeur aan efficiëntie in de strijd tegen fraude.

42. Het was bekend dat het vooraf uitbetalen van de toelage aan mensen met beperkte middelen, voordat er naar behoren werd gecontroleerd of zij in aanmerking kwamen, ertoe leidde dat er gevallen van terugbetaling zouden ontstaan en dat in sommige van deze gevallen ontberingen zouden optreden.

20 Zie Noors officieel rapport, NOU 2020: 9, *Blindsonen,* pp. 26-29 (Engelse samenvatting).
21 Europese Economische Ruimte, bestaande uit alle EU-lidstaten, Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.
22 Zie Noors officieel rapport, NOU 2020: 9, *Blindsonen,* p. 29 (Engelse samenvatting).

43. Misschien was er ook sprake van een structureel ontwerpprobleem bij het scheiden van de beleidsrol van de ministeries om de sociale voordelen van de uitkering te bevorderen, en de uitvoerende rol van de Belastingdienst, die ervaring opdeed met efficiëntie bij het innen in plaats van het uitbetalen van de uitkeringen. fondsen.

44. De rechtsstaat moet op alle niveaus van de publieke macht worden toegepast, te beginnen met het Parlement als wetgevende macht in de staat. Het Parlement heeft als wetgevende macht een primaire verantwoordelijkheid bij het waarborgen van de rechtsstaat. De verantwoordelijkheid van het Parlement in dit opzicht is drieledig. In de eerste plaats is het Parlement verantwoordelijk voor het vaststellen van wetgeving en het verstrekken van voldoende financiering aan rechtbanken en andere organen die door de Grondwet en de wet zijn aangewezen om de rechtsstaat te waarborgen, zodat zij hun taken efficiënt kunnen vervullen.23 In de tweede plaats moet het Parlement bij zijn wetgevingsvorming capaciteit garandeert ook dat materiële wetten de vereisten van de rechtsstaat respecteren in termen van voorspelbaarheid24 voor de betrokkenen, nauwkeurigheid en reikwijdte naar eigen goeddunken van de uitvoerende macht25 en respect voor de mensenrechten. In de derde plaats heeft het Parlement een controlerende functie ten opzichte van de uitvoerende macht en houdt zij deze ter verantwoording. Parlementaire controle gaat hand in hand met rechterlijke controle.

B. Wetgeving

45. De zaak Kinderopvangtoeslag heeft betrekking op het beginsel van rechtszekerheid, dat een fundamenteel vereiste van de rechtsstaat is en zowel de voorzienbaarheid van wetten als gewettigde verwachtingen omvat. De regeling voor de kinderopvangtoeslag werd zo uitgelegd dat ouders geen uitkering en dus een wettelijk recht ontvingen, maar eerder voorlopige voorschotten kregen en dat de uitkeringen voorwaardelijk waren. Hoewel een dergelijke juridische structuur aanvaardbaar is, is deze kwetsbaar voor misverstanden in de context van sociale uitkeringen, die vaak als wettelijke rechten worden beschouwd. De verwarring over de juridische aard van de kinderopvangtoeslag lijkt te zijn verergerd door het feit dat er op het moment van de aanvraag weinig of geen verificatie plaatsvond en dat verzoeken om terugbetaling pas jaren later kwamen.
Bovendien bevatte de wet in kwestie tot 7 juli 2020 geen algemene hardheidsclausule, maar slechts een beperkte.

46. Het is de verantwoordelijkheid van de wetgever om ervoor te zorgen dat wetten voorzienbaar zijn en gevolgen hebben die voldoen aan de legitieme verwachtingen van het individu. Het is ook de verantwoordelijkheid van de wetgever om het efficiëntiebelang van het openbaar bestuur in evenwicht te brengen met het individuele belang bij rechtszekerheid.

47. Terwijl de Afdeling advisering van de Raad van State waarschuwde tegen het aannemen van de relevante wet zonder een hardheidsclausule, maakten anderen bezwaar tegen de opname van een hardheidsclausule, waarbij ze erop wezen dat de opname van de hardheidsclausule een bron van conflicten zou kunnen zijn en om die reden zou aanleiding kunnen geven tot veelvuldig beroep bij de administratieve rechter. Uiteindelijk werd de wet aangenomen met een onpraktische hardheidsclausule die alleen betrekking had op de gevolgen van de vermogenstoets.26 Pas in juni 2020 nam de wetgever de nieuwe AWIR Hardship Adjustment Act aan. Het breidde de bestaande clausule uit en introduceerde een zogenaamde hardheidsregeling in de AWIR.27

48. De Commissie van Venetië is van mening dat het gevaar van beroep tegen wettelijke bepalingen als zodanig geen reden mag zijn om die wetgeving af te wijzen. Algemene ontberingenbepalingen

23 Commissie van Venetië, CDL-AD(2016)007, checklist voor de rechtsstaat, II.E.1.ax, paragraaf 75.
24 Commissie van Venetië, CDL-AD(2016)007, checklist voor de rechtsstaat, II.B.3.
25 Commissie van Venetië, CDL-AD(2016)007, checklist voor de rechtsstaat, II.C.ii.
26 *Gewijzigd wijziging van de leden OMTZIGT en WEEKERS ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 13 (nr. 32),* verkrijgbaar via https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29764-32.html.
27 Wet van 1 juli 2020 tot wijziging van de Algemene Inkomensafhankelijke Regeling in verband met de verlenging van de hardheidsclausule en de introductie van de hardheidsregeling, een vangnetvoorziening, de grondslag voor een compensatieregeling alsmede een O/GS- compensatieregeling (AWIR Hardship Adjustment Act), beschikbaar op https://wetten.overheid.nl/BWBR0043785/2020-07-07.

kan inderdaad resulteren in een groot aantal zaken en zou het aan de rechters kunnen overlaten om beleidsbeslissingen te nemen. Hardheidsclausules moeten worden afgestemd op de specifieke kenmerken van de wet. Dit is waar het Parlement wellicht heeft gefaald, aangezien de eerste hardheidsclausule onpraktisch bleek te zijn.

49. Om de voorspelbaarheid te garanderen, zijn er voorwaardelijke uitkeringsregelingen met weinig *ex ante* de verificatie moet gepaard gaan met adequate informatie en begeleiding aan het publiek door de bestuursorganen. Ook het element timing is van cruciaal belang. Als de verificatie en uitdaging vroeg plaatsvinden, worden de ontberingen verminderd.

50. Van de Nederlandse autoriteiten hebben de rapporteurs kennis genomen van verschillende initiatieven die erop gericht zijn de wetgeving in de toekomst beter aan te passen aan de reële omstandigheden van burgers. Eén initiatief zal zich richten op de vormgeving van de sociale wetgeving en de nadruk leggen op een eenvoudige en niet-technische formulering. De rapporteurs kregen te horen dat hoewel alle wetsvoorstellen door het ministerie van Justitie worden gescreend voordat ze aan het kabinet worden gepresenteerd, deze screeningen in de loop der jaren een meer technisch karakter hebben gekregen. Het versterken van de inbreng van het maatschappelijk middenveld bij de voorbereiding van wetsontwerpen werd gepresenteerd als een mogelijke oplossing om het bewustzijn over kwesties op het gebied van de rechtsstaat in de ontwerpfase te vergroten. De rapporteurs hoorden ook van een nieuw systeem van proefwetgeving, waarbij wetgeving voorlopig wordt ingevoerd om ervaringen te verzamelen voordat deze definitief wordt aangenomen. Een ander initiatief is de introductie van herzieningsclausules in de wetgeving. Bovendien zal bij nieuwe wetsontwerpen de inbreng van burgers over de tenuitvoerlegging van de wetgeving moeten worden betrokken. Deze initiatieven zijn welkom en lijken praktisch en geschikt.

51. De Nederlandse autoriteiten kunnen ook andere maatregelen overwegen om de rechtszekerheid op wetgevingsgebied te vergroten. De wetgeving zou in het inleidende hoofdstuk of in relevante hoofdstukken basisbeginselen van goed bestuur kunnen opnemen. Het doel van dergelijke bepalingen zou zijn om praktijkmensen te informeren dat de wet moet worden geïnterpreteerd in het licht van bepaalde basisbeginselen en om bestuursorganen te begeleiden bij de implementatie en handhaving van de wet.28 Om dit op een coherente manier te doen, moet de uitvoerende macht haar bevoegdheden herzien . Instructies over de wetgeving en wijzig deze indien nodig om ervoor te zorgen dat de interne beoordeling van de kwaliteit van de wetgeving een effectief toezicht omvat op de naleving van de basisbeginselen van goed bestuur en de rechtsstaat, zoals rechtszekerheid, gewettigd vertrouwen, non-discriminatie en individuele beoordeling en evenredigheid.

52. Het Parlement heeft een bijzondere verantwoordelijkheid om rechtbanken en andere instellingen in staat te stellen hun rol als waarborg voor de rechtsstaat uit te oefenen. Volgens de gesprekspartners waarmee de Commissie van Venetië heeft gesproken, lijkt er, afgezien van internationale mensenrechteninstrumenten, geen algemeen bestuursrechtsinstrument te bestaan waarmee Nederlandse rechters formeel rechtmatige bestuursbesluiten met kennelijk onredelijke of onevenredige gevolgen terzijde kunnen schuiven. In de Kinderopvangtoeslagzaak heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State afgezien van toetsing van de evenredigheid van de wetgeving vanwege de specifieke uitleg van de evenredigheidsclausule in artikel 3-4 van de Algemene wet bestuursrecht. Deze clausule is zo geformuleerd dat de toepassing ervan afhankelijk is van de materiële wet die de administratie discretionaire bevoegdheid geeft bij de toepassing van de wet. Voor de kinderopvangtoeslag was de wet opzettelijk zo geformuleerd dat deze geen discretionaire bevoegdheid bood, en dus faalden artikel 3-4 als waarborg totdat het in 2019 opnieuw werd geïnterpreteerd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.29

53. De manier waarop het Parlement als wetgever deze wetgeving benaderde, laat twee problemen zien vanuit het perspectief van de rechtsstaat: ten eerste heeft het Parlement opzettelijk harde wetgeving aangenomen zonder hardheidsclausules. In de tweede plaats heeft het Parlement de mogelijkheden van de rechtbanken om de nadelige gevolgen van de wet te beperken ernstig beperkt door hen niet toe te staan de evenredigheid in individuele gevallen te beoordelen. De combinatie van deze twee elementen heeft niet bijgedragen aan een gunstig klimaat voor de rechtsstaat met betrekking tot de Kinderopvangtoeslagzaak.

---

28 In Noorwegen heeft een commissie van deskundigen, na langdurige onjuiste interpretatie van EU/EER-wetgeving met betrekking tot sociale uitkeringen in het buitenland, aanbevolen om juridische markeringen op te nemen in de nationale wetgeving die verwijzen naar relevant EU-recht, zie Norwegian Official Report, NOU 2021: 8, P. 287-290.
29 Zie de arresten van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, en ECLI:NL:RVS:219:3536.

54. De Commissie van Venetië verkeert niet in een positie om een algemene evenredigheidstoetsing of de reikwijdte van een dergelijke toetsing aan te bevelen, waarbij rekening moet worden gehouden met de specifieke kenmerken van het Nederlandse rechtssysteem. In ieder geval is het belangrijk op te merken dat de evenredigheidstoetsing door de rechterlijke macht niet mag worden verward met een noodzakelijkheidstoetsing en afhankelijk kan zijn van specifieke voorwaarden, zodat rechterlijke toetsing niet te veel inbreuk maakt op administratieve discretionaire bevoegdheid en beleidsoverwegingen. De Nederlandse wetgever moet een evenwicht zien te vinden tussen proportionaliteitstoetsing en bestuurlijke discretionaire bevoegdheid.

55. Wat betreft institutionele kwesties kan het Nederlandse parlement nu al advies vragen aan de Afdeling advisering van de Raad van State. Daarnaast kan worden overwogen om de "interne" wetgevende controle te verbeteren, bijvoorbeeld door ervoor te zorgen dat een vaste commissie een specifieke verantwoordelijkheid heeft voor de effectieve controle van wetten en de toepassing daarvan op de naleving van de algemene beginselen van goed bestuur en de rechtsstaat.30

C. Parlementaire controle op de uitvoerende macht

56. De Commissie van Venetië herinnert eraan dat *"van de basisfuncties die bijna alle parlementen vervullen naast het aannemen van wetten en begrotingen, een van de belangrijkste die van toezicht en controle op de uitvoerende macht is – ook wel parlementair toezicht, onderzoek of controle genoemd. 31*

57. De oppositie moet deelnemen aan het toezicht, de controle en de controle op het optreden en het beleid van de regering; en het zou een belangrijke rol moeten spelen in dit toezicht. Zoals de Parlementaire Vergadering heeft opgemerkt: *"Door toezicht te houden op en kritiek te leveren op het werk van de heersende regering, voortdurend het optreden van de regering te evalueren en de regering ter verantwoording te roepen, werkt de oppositie aan het waarborgen van de transparantie van de publieke besluitvorming en de efficiëntie in het beheer van publieke aangelegenheden, waardoor de de verdediging van het algemeen belang en het voorkomen van misbruik en disfunctioneren."32*

58. Het Nederlandse constitutionele en juridische kader lijkt belangrijke instrumenten te bieden voor parlementaire controle, zoals de plicht voor de regering om informatie te verstrekken aan het parlement, zelfs op verzoek van een individueel parlementslid (artikel 68 van de Grondwet), of het recht van dertig parlementsleden om interpellaties te verzoeken (zie hieronder).

59. Zoals uit het PIC-rapport 2020 blijkt, was de parlementaire controle op de regering niet efficiënt in de zaak Kinderopvangtoeslag. Acties die vóór 2019 in het Parlement zijn ondernomen, lijken beperkt te blijven tot enkele individuele parlementsleden, ondanks het feit dat het Parlement al in september 2014 werd geïnformeerd over het hoge niveau van terugbetalingen door ouders en het rapport van de Ombudsman uit augustus 2017.33

---

30 Vergelijkbaar met bijvoorbeeld het tweekamerstelsel van het Gemengd Comité voor de Mensenrechten in Groot-Brittannië. Parlementaire organen die parlementsleden helpen bij het onderzoeken van de verenigbaarheid van wetsontwerpen met de Grondwet en het internationaal recht, inclusief fundamentele vereisten voor de rechtsstaat, zoals de Wetsraad in Zweden en de Commissie Constitutioneel Recht in Finland.

31 "Van de basisfuncties die bijna alle parlementen vervullen naast het aannemen van wetten en begrotingen, is een van de belangrijkste die van toezicht en controle op de regering en de administratie (de uitvoerende macht) – ook wel parlementair toezicht, onderzoek of controle genoemd. ", Commissie van Venetië, CDL-AD(2010)025, Verslag over de rol van de oppositie in een democratisch parlement, aangenomen door de Commissie van Venetië, para. 116; zie ook CDL-AD(2019)015, Parameters over de relatie tussen de parlementaire meerderheid en de oppositie in een democratie: een checklist, para. 25.

32 PACE-resolutie (2008)1601, Richtlijnen over de rechten en verantwoordelijkheden van de oppositie in een democratisch parlement punt 3; zie ook de Commissie van Venetië, CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, , para. 122 seq.

33 Kamerstuk 35 510, nr. 3, Kamerenquête Kinderopvangtoeslag, p. 17.

60. Verschillende gesprekspartners gaven de ineffectieve parlementaire controle de schuld van de hoge mate van fragmentatie in het Nederlandse parlement, die leidde tot een sterk consensueel politiek model (het zogenaamde poldermodel).34 Hoewel een consensuele politieke cultuur over het algemeen positief is, betoogden gesprekspartners overtuigend dat de specifieke Nederlandse versie heeft geleid tot een politieke cultuur waarin kritiek op de regering door parlementsleden van de regeringspartijen sterk wordt afgekeurd, en wat een huiveringwekkend effect kan hebben op parlementsleden uit de regeringscoalitie bij hun deelname aan parlementaire controle. Het bekritiseren van de uitvoerende macht lijkt voor parlementsleden uit de regeringsmeerderheid sterk te zijn afgeraden. Door het Nederlandse proportionele verkiezingssysteem zijn er veel partijen in de Tweede Kamer (momenteel 19). Als gevolg daarvan is de regeringsmeerderheid in Nederland vaak erg krap, de stem van ieder afzonderlijk Kamerlid telt. Verschillende gesprekspartners wezen erop dat de moeilijkheid om in Nederland een regering te vormen leidt tot een zeer strenge controle van de partijen op hun parlementsleden en dat afwijkende meningen sterk worden ontmoedigd. Dit lijkt op zijn beurt te leiden tot sterke druk op parlementsleden, die kritiek uiten op punten in de regering, aangezien dergelijke kritiek kan worden gezien als een aanval op de regeringsmeerderheid.

61. De Commissie van Venetië merkt op dat, in het licht van een sterke cultuur van op coalities gebaseerd consensualisme in Nederland, mechanismen voor parlementaire controle en verantwoordingsplicht een beperkt effect kunnen hebben, aangezien hiervoor doorgaans meerderheidsbesluiten nodig zijn. Als deze mechanismen effectief willen zijn in een parlementair systeem met meerderheidsregeringen, moet de politieke cultuur een zekere institutionele scheiding tussen de regering en het parlement en haar individuele leden accepteren. Hoewel er in de parlementaire systemen een minder duidelijke politieke scheiding bestaat tussen de regering en het parlement, hebben ze niettemin verschillende functies. Er moet worden aanvaard dat parlementsleden van regeringspartijen ook het Parlement als instituut vertegenwoordigen en dat deelname aan parlementaire controle op de regering geen daad van ontrouw is.

1. Institutionele maatregelen

62. Als in de huidige Nederlandse context blijkt dat de parlementaire controle op de regering tekortkomingen vertoont, kunnen bepaalde institutionele maatregelen worden genomen om de oppositie tegenover de regeringsmeerderheid in het parlement macht te geven.

63. Sommige parlementaire systemen voorzien de oppositie van bepaalde minderheidsbevoegdheden met betrekking tot de controlefunctie van het parlement. In het Nederlandse parlement is de zogenaamde 30-ledenregel de basisregel, of beter gezegd een reeks regels, met als doel het debat en de controle voor de oppositie te garanderen. Het Reglement van Orde van de Tweede Kamer staat toe dat 30 Kamerleden, wat neerkomt op 1/5 van het totale aantal volksvertegenwoordigers, bepaalde procedurele stappen kunnen ondernemen. Op grond van artikel 54a kunnen dertig parlementsleden een debat in het parlement eisen. In de artikelen 124 tot en met 127 kunnen dertig parlementsleden van het parlement eisen dat zij verdragen goedkeuren. Op grond van artikel 130c kunnen dertig parlementsleden oproepen om een onderwerp in de wet vast te leggen. Sectie 133 verleent 30 parlementsleden de bevoegdheid om een interpellatie te houden.

64. De bevoegdheden van de minderheid lijken zich niet uit te strekken tot hoorzittingen van commissies of parlementaire onderzoeken. Volgens artikel 27 van het Reglement hebben commissies de bevoegdheid om hoorzittingen te houden, maar voor dergelijke maatregelen is een meerderheidsbesluit vereist. Hoewel er geen Europese consensus bestaat over de vraag of parlementaire minderheden speciale bevoegdheden moeten hebben en in welke mate, heeft de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa aanbevolen dat een gekwalificeerde minderheid de bevoegdheid zou moeten hebben om een onderzoekscommissie of een parlementaire informatiemissie op te richten. en het houden van commissiehoorzittingen.35 Ook de Commissie van Venetië is in principe voorstander van het toekennen van dergelijke bijzondere bevoegdheden aan parlementaire minderheden.36 Hoewel dergelijke minderheidsbevoegdheden niet

---

34 Zie Ruby B. Andeweg & Galen A. Irwin, *Governance and Politics in the Netherlands,* 4e editie , Palgrave Macmillian: Londen 2014.
35 PACE-resolutie 1601 (2008), Procedurele richtlijnen over de rechten en verantwoordelijkheden van de oppositie in een democratisch parlement, 2.2.8 en 2.5.4.
36 Commissie van Venetië, CDL-AD(2019)015, Parameters over de relatie tussen de parlementaire meerderheid en de oppositie in een democratie: een checklist, deel II, G.2, paragraaf 131 seq; Commissie van Venetië, CDL-AD(2010)025, Verslag over de rol van de oppositie in een democratisch parlement, para. 121-124.

Omdat ze wijdverspreid zijn in Europa, staan verschillende landen parlementaire minderheden toe om onderzoeken en hoorzittingen te organiseren.37 Dergelijke minderheidsrechten moeten zorgvuldig worden afgebakend, zodat er geen misbruik van wordt gemaakt. Gezien de specifieke Nederlandse context van de coalitiepolitiek en het negatieve effect daarvan op de controlefunctie van het parlement, zou uitbreiding van de 30-ledenregel naar hoorzittingen en parlementaire onderzoeken moeten worden overwogen.

65. Naast formele bevoegdheden is effectieve parlementaire controle ook afhankelijk van de tijd en middelen die parlementsleden nodig hebben om naast hun politieke functies ook hun controlerende functie uit te oefenen. Dit geldt ook voor de controle van wetsontwerpen die door de regering zijn opgesteld. Het vergroten van het personeel en de middelen voor het Parlement en zijn individuele leden zou positieve effecten kunnen hebben, op voorwaarde dat deze middelen worden besteed aan en geoormerkt voor controle op de regering en de wetten.38

66. Een andere mogelijke maatregel zou kunnen zijn om de controlefunctie in de interne werkmethoden in het Parlement te verheffen door voor deze rol een aparte vaste commissie in te stellen. Het lijkt erop dat het Nederlandse parlement, net als veel andere Europese parlementen, parlementaire controle afzonderlijk uitoefent voor elke commissie die verantwoordelijk is voor een of meer ministeries, evenals voor speciale ad-hoccommissies voor parlementaire onderzoeken. Hoewel dit model ervoor zorgt dat parlementsleden hun afzonderlijke politieke terreinen nauwlettend kunnen volgen, bestaat het risico dat het algehele toezicht op de regering verloren gaat bij de sectorisering van de controlefunctie. Bovendien kan er ook een risico bestaan dat parlementsleden in het commissiewerk minder aandacht besteden aan controle dan aan wetgeving, begroting en andere politieke kwesties. kwesties die voor de commissie liggen. Gesprekspartners gaven aan dat parlementsleden in de praktijk weinig steun krijgen van hun commissies bij het uitoefenen van hun controlefunctie. Dit suggereert dat de commissies moeten worden versterkt in termen van personeel en middelen voor parlementsleden en/of door de organisatie van het commissiewerk.

2. Ombudsman

67. De instelling van de Ombudsman is een belangrijke instelling die is ontworpen om het Parlement te helpen bij het controleren van de regering en het blootleggen van onwettigheden, misbruik en schendingen van het beginsel van goed bestuur in het administratieve systeem. De Ombudsman heeft in 2017 een speciaal rapport aan het parlement uitgebracht over de zaak Kinderopvangtoeslag. Dit rapport leek echter niet tot snelle actie te leiden, noch door het parlement, noch door de regering. De instelling van de Ombudsman is een onmisbaar instrument voor het Parlement in zijn controlefunctie, maar aangezien de instelling van de Ombudsman geen bevoegdheden heeft om zijn bevindingen af te dwingen, vereist verandering politieke wil. In dit verband moet de nadruk worden gelegd op de laatste zin van paragraaf 20 van de Venetië-beginselen voor de instelling van de Ombudsman:

> *"20. De Ombudsman brengt ten minste eenmaal per jaar verslag uit aan het Parlement over de activiteiten van de instelling. In dit rapport kan de Ombudsman het Parlement informeren over het gebrek aan naleving door het openbaar bestuur. De Ombudsman brengt ook verslag uit over specifieke kwesties, zoals de*

---

37 In het Franse parlement bieden de Reglementen van beide kamers alle politieke fracties, zelfs de kleine, de mogelijkheid om de oprichting van commissies voor informatie of controle te eisen; Artikel 44 van de Duitse grondwet staat een kwart van de leden van de Bondsdag toe een onderzoekscommissie op te richten. Artikel 115 van de Finse grondwet staat tien parlementsleden toe een onderzoek in te stellen naar de constitutionele verantwoordelijkheid van een minister. Artikel 27 van het Reglement van Orde van het Noorse parlement staat toe dat 1/3 van de leden van commissies hoorzittingen belegt en beslist wie wordt uitgenodigd. Tegen deze beslissing kan door nog een derde van de commissie beroep worden aangetekend bij het voorzitterschap van het parlement. In dat geval beslist het voorzitterschap (benoemd op evenredige vertegenwoordiging). Voor de vaste commissie constitutionele zaken en controle is het recht van 1/3 van de leden om hoorzittingen te houden onvoorwaardelijk. Een minderheid van 1/3 van deze commissie kan ook een zaak openen en onderzoek doen met als doel de grondwettelijke verantwoordelijkheid van ministers te beoordelen.

38 Commissie van Venetië, CDL-AD(2018)028, Malta – Advies over constitutionele regelingen en de scheiding der machten en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en wetshandhaving, para. 89.

Ombudsman acht dit passend. De rapporten van de Ombudsman worden openbaar gemaakt. De autoriteiten zullen er terdege rekening mee houden."39

3. Toegang tot informatie

68. Toegang tot informatie is een voorwaarde voor het toezicht van het Parlement op de regering. In overeenstemming met de Europese parlementaire traditie geeft artikel 68 van de Nederlandse Grondwet parlementsleden van beide kamers van het parlement het recht om mondeling of schriftelijk *"alle informatie"* te ontvangen. aangevraagd door een of meer van haar leden. De overheid heeft een overeenkomstige verplichting om de gevraagde informatie te verstrekken, zolang het verstrekken van *"dergelijke informatie niet in strijd is met de belangen van de staat".* In Nederland hebben ministers en staatssecretarissen drie weken de tijd om op vragen te reageren, of als meer tijd gerechtvaardigd is, zes weken.40

69. Volgens het parlementaire rapport werd het Parlement echter *"meerdere malen verkeerd geïnformeerd en geconfronteerd met weigeringen van het kabinet om informatie te verstrekken – bijvoorbeeld met het oog op de bescherming van persoonlijke meningen".41* Bovendien wezen gesprekspartners op een cultuur binnen de regering om geen papieren spoor achter te laten voor regeringsbesluiten en zo de parlementaire controle te bemoeilijken. De bevindingen van het PIC-rapport uit 2020 over het niet naleven van grondwettelijke plichten geven aanleiding tot bezorgdheid en moeten serieus worden genomen. De Commissie kreeg te horen dat artikel 68 van de Grondwet niet voor de rechtbank afdwingbaar is.

70. Het handhaven van de rechtsstaat gaat niet alleen over instellingen en formele juridische waarborgen, maar ook over het handhaven van een gunstig klimaat voor de rechtsstaat via de politieke cultuur.42 Dit betekent een politieke cultuur met een hoge mate van bewustzijn van de rechtsstaat juridische gevolgen van politieke beslissingen en het uitoefenen van zelfbeheersing wanneer politiek gewenste maatregelen in strijd zijn met de rechtsstaat. Toegang tot informatie is van cruciaal belang voor de parlementaire controle op de regering. In principe mag geen enkel officieel document aan het Parlement worden geweigerd. Als de informatie gevoelig is, heeft het Parlement regels over geheimhouding en vertrouwelijkheid in zowel commissievergaderingen als in de plenaire vergadering.43 Als de informatie vertrouwelijke elementen bevat, kunnen dergelijke delen worden onleesbaar gemaakt voordat de documenten aan het parlement ter beschikking worden gesteld. Wil de parlementaire controle effectief zijn, dan is het van essentieel belang dat het controlerende orgaan, en niet het orgaan dat aan toezicht wordt onderworpen, beslist welke informatie nodig is voor controledoeleinden. Het achterhouden van informatie aan het Parlement over de Het argument dat het de persoonlijke mening van ministers of ambtenaren weerspiegelt, is een gebrekkig argument, aangezien de motieven voor beleid en het wel of niet handelen belangrijke overwegingen kunnen zijn voor het afleggen van verantwoording.

71. Loyale en constructieve samenwerking tussen staatsorganen is een fundamenteel en overkoepelend beginsel voor een constitutionele democratie.44 In een eerder advies heeft de Commissie van Venetië het beginsel van loyale en constructieve samenwerking gedefinieerd als een plicht *"zelfs als een instelling zich in een situatie bevindt van de macht, wanneer zij in staat is andere staatsinstellingen te beïnvloeden, […] om dit te doen met het belang van de staat als geheel in gedachten, met inbegrip van, als gevolg daarvan, de belangen van de andere instellingen en die van de parlementaire minderheid. "45*

---

39 Commissie van Venetië, CDL-AD(2019)005, Principes inzake de bescherming en bevordering van het instituut van de Ombudsman ("The Venice Principles"), para. 20.
40 Artikel 12.2 van het Reglement van orde van de Tweede Kamer.
41 Kamerstuk 35 510, nr. 3, Kamerenquête Kinderopvangtoeslag, p. 20.
42 CDL-AD(2016)007, Checklist voor de rechtsstaat, IA para. 42.
43 Zie artikelen 143-147 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer.
44 Commissie van Venetië, CDL-AD(2019)015, Parameters over de relatie tussen de parlementaire meerderheid en de oppositie in een democratie: een checklist, para. 20-29.
45 Commissie van Venetië, CDL-AD(2012)026, Advies over de verenigbaarheid met constitutionele beginselen en de rechtsstaat van acties ondernomen door de regering en het parlement van Roemenië met betrekking tot andere staatsinstellingen en over de noodverordening van de regering inzake wijziging van Wet nr. 47/1992 betreffende de organisatie en werking van het Constitutioneel Hof en de regering

72. Het beginsel van loyale en constructieve samenwerking is bijzonder belangrijk in een parlementair systeem waarin de handhaving afhankelijk is van meerderheidsbesluiten in het parlement. Als de grondwettelijke rechten van parlementsleden niet door de regering worden gerespecteerd op basis van alleen hun normatieve kracht, moeten mechanismen worden overwogen om deze praktisch en effectief te maken.

73. Het recht op overheidsinformatie voor parlementsleden kan worden beschouwd als een fundamenteel democratisch recht volgens de moderne parlementaire traditie46 en wordt als zodanig erkend in verschillende documenten van de Raad van Europa.47 In PACE-resolutie 1601 (2008), Procedurele richtlijnen over de rechten en verantwoordelijkheden van de oppositie in een democratisch parlement wordt het recht op informatie erkend als een essentieel onderdeel van de toezichthoudende functie van het parlement jegens de regering en de verantwoordingsplicht van deze laatste. Zoals met alle parlementaire rechten moet het recht op informatie praktisch en effectief zijn.48

74. Volgens het PIC-rapport van 2020 en gesprekspartners is een aanzienlijk probleem met betrekking tot de toegang van het parlement tot informatie in de zaak Kinderopvangtoeslag de praktijk van de regering geweest om het Parlement informatie achter te houden over intern overleg tussen ministeries of tussen ambtenaren en ministers over de kwestie. omdat het de persoonlijke mening van ambtenaren weerspiegelt. Een dergelijke restrictieve interpretatie van artikel 68 lijkt af te wijken van de al lang bestaande interpretatie in de parlementaire praktijk en constitutionele doctrine.49 In de visie van de Commissie van Venetië is het ook veelzeggend dat het recht op informatie voor parlementsleden een grondwettelijk recht is dat voortvloeit uit artikel 68. 68. Het ligt dus niet voor de hand dat beperkingen op het recht op overheidsinformatie in de Wet openbaarheid van bestuur in gelijke mate gelden voor Kamerleden als voor het algemene publiek.

75. Het Parlement moet correcte, adequate en tijdige informatie ontvangen en dit recht moet praktisch en effectief zijn. De handhaving van grondwettelijke rechten kan vele vormen aannemen en kan worden uitgeoefend door algemene en gespecialiseerde rechtbanken, parlementaire instellingen en speciale onafhankelijke organen. Het is aan de Nederlandse autoriteiten om te beslissen welke maatregelen zij nemen op basis van de Nederlandse politieke en juridische context. De formele plicht van de overheid om correcte en niet-misleidende informatie te verstrekken kan worden versterkt door deze uit te breiden tot alle communicatie met het parlement, zelfs als daar niet specifiek om wordt gevraagd,50 en door een vereiste in te voeren om de gevraagde informatie onverwijld te verstrekken.51

noodverordening tot wijziging en aanvulling van wet nr. 3/2000 betreffende de organisatie van een referendum in Roemenië, para. 87.

46 Zie Hironori Yamamoto, Tools for parlementary toezicht: Een vergelijkende studie van 88 nationale parlementen, Inter-Parliamentary Union 2007, p. 55. Van de 88 nationale parlementen die in het onderzoek waren betrokken, stonden 80 individuele parlementsleden toe een schriftelijk verzoek om informatie in te dienen bij de regering, en 58 parlementen stelden ook deadlines voor de antwoorden vast, variërend van 3 dagen in Ierland tot 60 dagen in Australië, zie blz. 57-58.

47 Commissie van Venetië, CDL-AD(2010)025, Verslag over de rol van de oppositie in een democratisch parlement, para. 55 en 118; CDL-AD(2019)015, Parameters over de relatie tussen de parlementaire meerderheid en de oppositie in een democratie: een checklist, para. 40 en 124. Zie ook Commonwealth Parliamentary Association, Aanbevolen Benchmarks for Democratic Legislatures, 2018, benchmark 7.1.2: *"De wetgevende macht zal over mechanismen beschikken om voldoende informatie van de uitvoerende macht te verkrijgen om zijn toezichtfunctie op een zinvolle en tijdige manier uit te oefenen. Er zullen duidelijke en effectieve procedures zijn die vereisen dat de uitvoerende macht tijdig antwoord geeft op mondelinge en schriftelijke vragen en op rapporten en aanbevelingen van parlementaire commissies."*

48 Vergelijk bijvoorbeeld de redenering in EHRM, *Karácsony en anderen tegen Hongarije* [GC], nr. 42461/13 en 44357/13.

49 Zie Paul Bovend'Eert, Henk Kummeling, Solke Munneke en Wim Voermans, Factsheet Reikwijdte van Artikel 68 Grondwet, opgesteld voor de Tweede Kamer, 20 januari 2020, beschikbaar op https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2020Z00722&did=2020D01523.

50 Vergelijk artikel 82 van de Noorse grondwet.

51 Vergelijk artikel 47 van de Finse grondwet.

76. Ook aan de kant van de overheid kunnen maatregelen worden genomen, bijvoorbeeld door middel van regelgeving en richtlijnen, om ervoor te zorgen dat besluiten en beleid beredeneerd en transparant zijn richting het parlement. De Commissie van Venetië heeft van de Nederlandse autoriteiten vernomen dat dergelijke maatregelen worden overwogen:

- Elke afdeling is verplicht een actieplan inzake archieven te implementeren.
- Bij ieder document dat aan de Tweede Kamer wordt aangeboden, zal het kabinet alle onderliggende documenten publiceren die ministers en staatssecretarissen gebruiken bij besluiten.
- Persoonlijke meningen zullen niet langer als interne documenten worden beschouwd, behalve in de gevallen waarin er sprake is van staatsbelang, doorgaans gerelateerd aan defensie en onderhandelingen.
- Op de dag van de kabinetsvergadering wordt een lijst met documenten en relevante documenten gepubliceerd advies van de Raad van State.
- Het kabinet is een dialoog gestart met het parlement over de werkverhoudingen tussen de staatsmachten.

77. Deze initiatieven zijn welkom en als ze ten uitvoer worden gelegd, zouden ze de transparantie van de regering vergroten en dienovereenkomstig een effectievere parlementaire controle mogelijk maken. Deze initiatieven aan de kant van de regering kunnen echter alleen effectief zijn onder reële omstandigheden als parlementsleden in een juridische, politieke en praktische positie worden geplaatst om de regering onder de loep te nemen.

D. Impactstudies

78. Een belangrijk aspect bij het voorbereiden van ontwerpwetgeving is de beoordeling van de mogelijke impact van de wetgeving.52 . Het lijkt erop dat dergelijke onderzoeken in Nederland worden uitgevoerd en dat verschillende instellingen, waaronder de Afdeling advisering van de Raad van State, worden geraadpleegd voordat wetgeving wordt aangenomen. Bovendien kan het nodig zijn om de aangenomen wetgeving al na een kortere periode van toepassing van de wet te herzien om mogelijke problemen op te sporen – tenminste in gevallen zoals de onderhavige, wanneer er vanaf het begin een vermoeden van ontberingen bestaat of wanneer de advies van de Staatsadvocaat (of van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt niet opgevolgd).

79. Formele bepalingen in een wet die na een bepaalde periode kunnen worden herzien, zouden nuttig kunnen zijn als er nieuwe wetgeving wordt gepland. De functionarissen die zich met het beleid bezighouden, worden aldus alert gehouden om te zoeken naar problemen die aanleiding kunnen geven tot de verwachte herziening.

80. In dit verband is het ook nuttig om te herinneren aan Aanbeveling Rec(2004)5 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa over de verificatie van de verenigbaarheid van wetsontwerpen, bestaande wetten en administratieve praktijken met de normen die zijn vastgelegd in de Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en bijlage bij aanbeveling.53 Een dergelijke verificatie zou problemen in de wetgeving in de zaak Kinderopvangtoeslag aan het licht kunnen hebben gebracht.

V. Het administratieve niveau

81. Op bestuurlijk niveau lijken er verschillende kwesties te bestaan, waarvan sommige worden aangepakt via lopende initiatieven binnen de ministeries.

A. Rigoureuze interpretatie van wettelijke bepalingen

---

52 Commissie van Venetië, CDL-AD(2016)007, checklist voor de rechtsstaat, II.5.v.; EHRM Hatton tegen Verenigd Koninkrijk, 36022/97, 8 juli 2003, § 128: *"Een besluitvormingsproces van de overheid over complexe vraagstukken op het gebied van het milieu- en economisch beleid, zoals in de onderhavige zaak, moet noodzakelijkerwijs gepaard gaan met passende onderzoeken en studies om hen in staat stellen een eerlijk evenwicht te vinden tussen de verschillende tegenstrijdige belangen die op het spel staan."* Zie ook Evans tegen Groot-Brittannië, 6339/05, 10 april 2007, § 64. Over het ontbreken van een echt parlementair debat sinds de goedkeuring van een statuut, dat plaatsvond in 1870, zie Hirst (nr. 2) tegen Groot-Brittannië, 74025/01, 6 oktober 2005, § 79.

53 https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Reference=Rec(2004)5.

82. Hoewel de tekst van artikel 26 AWIR verwijst naar een volledige betaling van het terug te vorderen bedrag, was de strikte interpretatie van artikel 26 AWIR, die elk beroep op verevening en evenredigheid uitsluit, niet dwingend en had de administratie een andere interpretatie kunnen hanteren. , zoals uiteindelijk in oktober 2019 werd bevestigd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

83. De Belastingdienst heeft de Staatsadvocaat al in 2009 om advies gevraagd over de uitleg van de wet in de situatie dat er sprake was van illegale en frauduleuze arrangementen van de gastoudercentra. Het advies van de Staatsadvocaat hield onder meer het volgende in: *"De kinderopvangtoeslag voor ouders die geen eigen bijdrage hebben betaald, moet op een lager niveau worden vastgesteld, waarna telkens een individuele beoordeling volgt"; "dat de redenering van de Belastingdienst/ Toeslagen, waarmee de kinderopvangtoeslag voorlopig op nul werd gesteld, voor discussie vatbaar was, maar dat ouders wel de gelegenheid zouden moeten krijgen om aan te tonen dat zij met kosten voor de kinderopvang te maken kregen. Naar het oordeel van de Staat Het zou volgens de advocaat om een specifieke beoordeling gaan, waarbij alle feiten en omstandigheden in aanmerking worden genomen. Voor zover na een aanvankelijke korting op de kinderopvangtoeslag een eigen bijdrage is betaald, was de staatsadvocaat van mening dat er recht op kinderopvangtoeslag bestond.'* 54

84. De Belastingdienst volgde het advies van de Staatsadvocaat echter niet op, maar ontwikkelde een strikte uitleg van de wet, waarbij het geheel of gedeeltelijk niet betalen van de eigen bijdrage leidde tot het eisen van terugbetaling van kinderopvangtoeslag in zijn geheel.

85. De Commissie van Venetië is van mening dat de uitvoerende macht vanaf het begin rekening moet houden met mogelijke gevolgen en ontberingen wanneer zij nieuwe wettelijke bepalingen toepast, rekening houdend met mogelijke scenario's. Dit moet worden herzien wanneer uit informatie over de toepassing van de wet – zie hierboven, effectbeoordelingen – blijkt dat de gekozen toepassing tot moeilijkheden leidt.
Een dergelijke toetsing zou met name moeten worden in gang gezet door informatie van de rechterlijke macht, in het kader van een groot aantal zaken, of door rapporten van de rechterlijke macht (zie het onderstaande gedeelte over het versterken van de informatiestroom van de rechterlijke macht naar de andere takken van de overheid). De inbreng van de Ombudsman is in dit opzicht essentieel omdat het vaak de Ombudsman zal zijn die als eerste systemische problemen bij de toepassing van wetgeving opmerkt.55

B. Informatiestroom tussen ambtenaren en ministers

86. De informatiestroom tussen bestuursorganen en ministeries en tussen de ministeries onderling lijkt in meerdere opzichten tekort te schieten. Dit is een terugkerend probleem in het PIC-rapport 2020. De ministers van de regering lijken zich niet bewust te zijn van de omvang van de problemen, met name wat betreft de 'alles-of-niets-aanpak'.

87. Het lijkt erop dat de ministers en staatssecretarissen relevante informatie niet altijd op tijd ontvingen en soms de subtiele signalen en informatie zoals gepresenteerd door de administratie niet begrepen. In ieder geval in het begin lijkt de regering de situatie in een positiever licht op het ministerieel niveau te hebben gepresenteerd dan in werkelijkheid het geval was. Als de verantwoordelijke ministers in het ongewisse blijven, is het waarschijnlijk dat dit een negatief effect zal hebben op de controle van het Parlement op de regering en haar toegang tot informatie.

C. Informatiestroom binnen administratieve entiteiten

88. Een ander probleem is de informatiestroom binnen administratieve entiteiten. Het lijkt erop dat casemanagers in het veld waarschuwden voor de gevolgen van het beleid van de Belastingdienst, maar dat deze waarschuwingen het hogere management niet bereikten of negeerden. In dit opzicht heeft de

---

[54] Kamerstuk II 2020/21, 31 066, nr. 753, vermeld in het PIC-rapport 2020, p. 36.

55 Commissie van Venetië, CDL-AD(2019)005, Beginselen inzake de bescherming en bevordering van de Ombudsmaninstelling ("De Beginselen van Venetië"), para. 17.

De Nederlandse autoriteiten hebben de rapporteurs laten weten dat er bij sommige ministeries inspecties zijn ingesteld en bij andere nog in oprichting zijn. Ook werden de rapporteurs op de hoogte gebracht van initiatieven om de cultuur binnen het openbaar bestuur te veranderen, zodat interne kritiek beter kan worden ontvangen en overwogen.

89. Dit zijn zeer welkome initiatieven, en de Commissie van Venetië moedigt het opzetten van systemen voor vroegtijdige waarschuwing binnen alle bestuursorganen aan, evenals maatregelen om de informatiestroom tussen bestuursorganen mogelijk te maken. Aangezien er vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de interpretatie van de wet door de Belastingdienst, moeten dergelijke early warning-systemen ook interne toetsing van de rechtmatigheid van beleid mogelijk maken.

D. Klachtenprocedures

90. Een vierde vraagstuk heeft betrekking op het interne klachtensysteem bij de Belastingdienst. Het duurde erg lang voordat de klacht werd afgehandeld en het lijkt erop dat burgers de klachtenprocedure als lastig ervaren.

91. Er bestaat een administratieve beroepsprocedure (bezwaarprocedure) en procederen is mogelijk. Het stelsel van gezinsbijslagen is echter gericht op een zeer groot aantal gezinnen die, zo niet in precaire omstandigheden, dan toch economisch en cultureel ver verwijderd zijn van administratieve regels en procedures. Ook al zou er binnen de Belastingdienst een geavanceerd systeem bestaan om informatieverzoeken of klachten af te handelen, dit is kennelijk geheel gecentraliseerd en het lijkt er niet op dat sociale zekerheidsinstanties of lokale gemeenschappen de opvang of hulpverlening aan deze gezinnen in de geval van moeilijkheden.

92. In systemen van massabestuur waarbij particulieren betrokken zijn met beperkte toegang tot rechtsbijstand, moeten klachtenprocedures eenvoudig en informeel worden gemaakt. Van de bestuursorganen moet worden verlangd dat zij individuele personen informeren over de wijze waarop zij op grond van hun neutraliteitsplicht een klacht kunnen indienen. Wetten en richtlijnen kunnen eenvoudige procedures vaststellen om mensen in staat te stellen zelf naar de rechter te stappen.

E. Gegevensbescherming/discriminatie door middel van kunstmatige intelligentie

93. Een belangrijk aspect van de Kinderopvangtoeslagzaak was de wijze waarop mogelijke fraude werd gesignaleerd. Het ICT-systeem dat in 2011 bij de Belastingdienst werd geïntroduceerd, maakte het mogelijk om op grotere schaal controles uit te voeren. De als verdacht beschouwde toepassingen zijn door het ICT-systeem geselecteerd op basis van een risicoclassificatiemodel. Dat risicoclassificatiemodel is een zelflerend model dat 'leert' van voorbeelden van correcte en onjuiste toepassingen. Het lijkt erop dat het proces het gebruik van een groot aantal indicatoren met zich meebracht, waaronder burgerschap.

94. In 2020 heeft het College Bescherming Persoonsgegevens een rapport gepresenteerd dat het risico-indelingsmodel oneigenlijke en discriminerende processen met zich meebracht, aangezien de nationaliteit van verzoekers als criterium werd gebruikt bij de selectie van te onderzoeken personen, zonder enige verdere aanwijzing dat zij hadden fraude gepleegd. De commissaris voor gegevensbescherming wees erop dat bij deze selectie gebruik is gemaakt van kunstmatige intelligentie. Het gebruik van dit criterium was in strijd met de toepasselijke wetgeving, waaronder de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) van de EU.56

94a. Artikel 1 van Protocol nr. 12 bij het EVRM bevat een algemeen verbod op discriminatie bij het "genieten van enig recht dat door de wet is vastgelegd" of door "een overheidsinstantie". In tegenstelling tot artikel 14 EVRM,

---

[56] Belastingdienst/Toeslagen, De verwerking van de nationaliteit van aanvragen van kinderopvangtoeslag (Belastingdienst / Toeslagen: De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag), Onderzoeksrapport z2018-22445, beschikbaar ophttps://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files /atoms/ files/onderzoek_belastingdienst_kinde
ropvangtoeslag.pdf (de Commissie van Venetië had toegang tot een niet-officiële vertaling).

dit is een "vrijstaand recht" om niet gediscrimineerd te worden.57 Het discriminatieverbod omvat ook de uitoefening van discretionaire bevoegdheid en indirecte discriminatie zonder discriminerend oogmerk.58 Het protocol is geratificeerd en van kracht voor Nederland.

95. Wat het EU-recht betreft, is artikel 22 van de AVG over de voorwaarden voor het gebruik van algoritmen voor het nemen van beslissingen met rechtsgevolgen in dit geval relevant. Als hoofdregel heeft een (natuurlijke of rechts)persoon het recht om niet het voorwerp te zijn van een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerde beslissing die hem of haar aanzienlijk raakt. Er zijn echter drie uitzonderingen. Twee ervan zijn gebaseerd op de uitdrukkelijke toestemming van de persoon of op het sluiten van een contract dat het gebruik van een algoritme vereist. De derde uitzondering heeft betrekking op gevallen waarin de toepasselijke EU of die van de lidstaat het exclusieve gebruik van een algoritme toestaat om het besluit in kwestie te baseren.
In een dergelijk geval moeten passende maatregelen worden getroffen om de rechten en vrijheden en de legitieme belangen van de betrokkene te beschermen. Bovendien mag geen enkel besluit dat met exclusief gebruik van een algoritme wordt genomen, gebaseerd zijn op "gevoelige" persoonlijke gegevens (gegevens die raciale of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of filosofische overtuigingen of lidmaatschap van een vakbond onthullen, evenals genetische, biometrische gegevens, gezondheidsgegevens of gegevens over het leven of de seksuele geaardheid van iemand).

96. In Nederland lijkt het gebruik van nationaliteit als mogelijk criterium voor het identificeren van fraude onder deze verbodsbepalingen te vallen. Discriminerende praktijken werden gesystematiseerd door middel van algoritmen.

97. In de toekomst zullen waarschijnlijk meer geavanceerde algoritmen voor kunstmatige intelligentie worden gebruikt en het zal veel moeilijker zijn om vast te stellen welke criteria door deze algoritmen werden gebruikt, vanwege de aard van het leren van moderne AI-systemen. Het detecteren van vooroordelen in een dergelijk systeem kan vrijwel onmogelijk zijn, omdat zelflerende AI-systemen worden gevoed met grote hoeveelheden trainingsgegevens. Deze gegevens zijn afkomstig uit de echte wereld; het verzamelt individuele beslissingen van mensen. Gedeeltelijk kunnen deze door mensen genomen beslissingen echter al op discriminerende basis zijn genomen. Aan de andere kant zou een dergelijke vertekening normaal gesproken niet ontdekt kunnen worden zonder een dergelijke aggregatie. Daarom biedt AI ook een gelegenheid om praktijken uit het verleden te herzien, en dit moet worden gebruikt om vooroordelen in het bestuur te identificeren.

98. Vooroordelen en discriminatie bij AI komen voort uit trainingsgegevens, die indicatief kunnen zijn voor echte discriminatie uit het verleden. Deze discriminatie kan in het AI-systeem worden bestendigd. Wanneer bias wordt gedetecteerd, moet het systeem opnieuw worden getraind. Als voorzichtige maatregel stelt de Commissie voor dat bij de introductie van AI-systemen de geanonimiseerde trainingsgegevens bewaard blijven, zodat dergelijke vertekeningen in een later stadium kunnen worden opgespoord. Mogelijk kunnen volledig geanonimiseerde trainingsgegevens zelfs openbaar worden gemaakt om onderzoek naar vertekeningen in die gegevens mogelijk te maken.

99. Aangezien deze sector zich snel ontwikkelt en nieuwe AI-technieken de oudere snel achter elkaar vervangen, moeten de commissaris voor gegevensbescherming en andere relevante instanties deze ontwikkelingen op de voet volgen en moet met hun standpunten rekening worden gehouden bij het ontwerp van toekomstige AI-systemen.

VI. Het juridische niveau

A. Rol van de rechterlijke macht in het kader van de rechtsstaat

100. De rechterlijke macht is essentieel om het werk van het parlement en de uitvoerende macht te controleren. Hoewel de rechterlijke macht en in het bijzonder de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in het Nederlandse debat zijn bekritiseerd vanwege haar passiviteit, zijn eventuele maatregelen ten aanzien van de rechterlijke macht

---

57 Zie EHRM, Sejdic en Finci tegen Bosnië en Herzegovina [GC], 2009, zaaknrs. 27996/06 en 34836/06, 2 december 2009, § 53.

58 Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Gids over artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en over artikel 1 van Protocol nr. 12 bij het Verdrag, paragraaf 31; Biao tegen Denemarken [GC], 2016, § 103; DH e.a. tegen Tsjechië [GC], 2007, § 184.

moet de onafhankelijkheid en het vermogen om rechterlijke controle uit te oefenen op politieke en administratieve beslissingen versterken. Hierbij kan gedacht worden aan meer financiële onafhankelijkheid van de Rechtspraak,59 waarvan de begroting afhangt van onderhandelingen tussen het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Justitie en Veiligheid wat betreft de gewone rechterlijke macht en het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties wat betreft de Raad van State.

101. Een moeilijk te benaderen onderwerp is dat van de rechtscultuur en de eerbied. Verschillende gesprekspartners wezen erop dat de Nederlandse rechter over het algemeen eerbiedig jegens het parlement was.60 Voor zover eerbied schadelijk is voor de toetsingsfunctie van de rechter, kan dit probleem alleen worden aangepakt door middel van culturele veranderingen binnen de rechterlijke macht zelf.

102. Een ander probleem is dat er tekortkomingen lijken te zijn geweest in de informatiestroom van de rechtbanken naar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Als laatstgenoemde zich inderdaad niet bewust is van de omvang van de maatschappelijke problemen die door zijn jurisprudentie worden veroorzaakt, moeten er stappen worden ondernomen om de informatiestroom binnen de rechterlijke macht te verbeteren. Indien de beroepsprocedure onvoldoende is om de Afdeling bestuursrechtspraak te informeren over de stand van het bestuursrecht, zou een apart en intern forum voor informatie-uitwisseling tussen dit orgaan en de rechtbanken kunnen worden overwogen.

B. Evenredigheid

103. Een belangrijk probleem was dat de rechter en in laatste instantie de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State niet resoluut optraden tegen de problematische interpretatie van de wet door de Belastingdienst.

104. Hoewel de bewoordingen van artikel 26 van de AWIR61 wel de terugvordering van het gehele bedrag van de tegemoetkoming vereisten, volgde de Raad van State de strikte interpretatie van de Belastingdienst van deze bepaling, waarbij hij de rigide “alles of niets-benadering” goedkeurde en niet interpreteerde in het licht van het internationaal recht. Een dergelijke interpretatie had tot toepassing van het evenredigheidsbeginsel kunnen leiden.

105. Zoals hierboven uiteengezet, legt artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: “de AWB”)62 het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht vast. De AWB is echter een algemene wet die wordt toegepast in procedures in alle bestuurszaken, tenzij een kwestie in een bijzondere wet anders is geregeld. Artikel 3:4 AWB luidt:

> *"Artikel 3:4*
>
> *1. Bij het nemen van een besluit weegt het bestuursorgaan de direct betrokken belangen af, voor zover geen beperking van deze plicht voortvloeit uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uitgeoefende bevoegdheid.*
>
> *2. De nadelige gevolgen van een bevel voor een of meer belanghebbenden mogen niet onevenredig zijn aan het doel dat met het bevel wordt gediend."63*

---

59 Commissie van Venetië, CDL-AD(2010)004, Verslag over de onafhankelijkheid van het rechtsstelsel, deel I: de onafhankelijkheid van rechters, para. 55.
60 Zie ook Wim Voermans, “Conspicuous Absentees in the Dutch Legal Order: Constitutional Review & A Constitutional Court, in *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems,* GF Ferrari, ed., Brill Nijhoff: Leiden 2019, pp. 337-347, op blz. 341-342.
61 Versie vigerend vóór 1 januari 2021: *“Indien een herziening van een toeslag of een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag of indien een verrekening van een voorschot met een toeslag daartoe leidt, is betrokkene het gehele bedrag van de terugvordering." (Staatsblad* van het Koninkrijk der Nederlanden 2005, nr. 344 d.d. 05-07-2005, beschikbaar op https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2005-344.html).
62 Algemene wet bestuursrecht / *Wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht (AWB)* is te vinden op https://wetten.overheid.nl/BWBR0005537/2021-07-10.
63 Onder een ‘beschikking’ wordt volgens artikel 1:3 AWB verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan dat een publiekrechtelijke handeling vormt. Er zijn twee soorten besluiten: bestuurlijke besluiten en beleidsregels.

106. Tot oktober 2019 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat artikel 3:4 niet kon worden toegepast bij terugvordering van kinderopvangtoeslag, ongeacht om welk deel of percentage van de totale toeslag het ging. De Afdeling bestuursrechtspraak verwierp tegenstrijdige besluiten van de lagere rechtbanken.64

107. Het is echter interessant om op te merken dat de Raad van State er goed aan gewend is het evenredigheidsbeginsel in soortgelijke gevallen toe te passen. Dit blijkt uit een analyse van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Het EHRM heeft tot nu toe vier uitspraken gedaan over de inkomensafhankelijke toeslagen die de Belastingdienst beheert.65
In deze vier zaken heeft het EHRM geconcludeerd dat de verzoeken kennelijk ongegrond waren en deze niet-ontvankelijk verklaard. De vraag was of artikel 8 EVRM recht gaf op de uitbetaling van deze vergoedingen. In laatste nationale instantie had de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geoordeeld dat een dergelijk recht niet bestond.66

108. In deze zaken heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zich sterk gebaseerd op het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de jurisprudentie van het EHRM, vooral op het evenredigheidsbeginsel en op het verbod op discriminatie. Bij de toepassing van de AWIR heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een evenredigheidstoets op grond van artikel 8 EVRM uitgevoerd, waarbij de betrokken belangen tegen elkaar zijn afgewogen, evenals een ‘stapsgewijze’ rechtvaardigingstoets op grond van artikel 14 EVRM in combinatie met artikel 8 EVRM. 67 Het EHRM zag daarom geen reden om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de nationale rechtbanken.

109. Het systeem van juridisch monisme en de suprematie van het EVRM ten opzichte van het nationale recht hadden een algemene toepassing van het evenwichtsbeginsel en dat van evenredigheid kunnen vergemakkelijken. In dit licht kan eraan worden herinnerd dat het EHRM dit in zijn jurisprudentie heeft bepaald

> *Het kan niet passief blijven wanneer de interpretatie door een nationale rechter van een rechtshandeling, of het nu gaat om een testamentaire beschikking, een onderhandse overeenkomst, een openbaar document, een wettelijke bepaling of een administratieve praktijk, onredelijk, willekeurig lijkt of, zoals in het onderhavige geval, flagrant inconsistent met … de beginselen die ten grondslag liggen aan de Conventie (zie Larkos v. Cyprus [GC], nee. 29515/95, §§ 30-31, EHRM 1999-I).68*

110. De rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft de AWIR tussen 2012 en 23 oktober 2019 echter veel rigoureuzer toegepast

---

Onder ‘administratief besluit’ wordt verstaan een bevel dat niet van algemene aard is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag voor een dergelijk bevel. Onder ‘beleidsregel’ wordt verstaan een besluit, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, dat een algemene regel vastlegt voor de belangenafweging, het vaststellen van feiten of het interpreteren van wettelijke voorschriften in de uitoefening van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Onder ‘belanghebbende’ wordt op grond van artikel 1:2.1 AWB verstaan een persoon wiens belang rechtstreeks wordt geraakt door een bevel.
64 Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, arrest ECLI:NL:RVS:2019:3535, nr. 201900753/1/A2 van 23 oktober 2019, artikelen 8.1 en 8.9, op https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RVS:2019:3535 (Laatst bezocht op 17 juli 2021).

65 Zaak Yeshtla tegen Nederland (Besluit nr. 37115/11, 15/01/2019), AD en lKv Nederland (Besluit nr. 71815/14 en 71827/14, 12/03/2019), Aghmadi en Jaghubi tegen Nederland (Besluit nr. 70475/14 en 70530/14, 12/03/2019), Heerawi tegen Nederland (Besluit nr. 36558/14, 12/03/2019).

66 *Vgl.* Besluit *Aghmadi en Jaghubi ,* § 11.
67 Het EHRM heeft in iedere uitspraak het arrest ECLI:NL:RVS:2014:3788 van 22 oktober 2014 aangehaald, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State aanvankelijk het volgende opmerkte: "Noting what the [appellant] heeft ingediend, *de De Afdeling bestuursrechtspraak moet onderzoeken of het ingezette middel – beëindiging van de eerder aan [appellante] toegekende tegemoetkoming – in redelijke verhouding staat tot het legitieme doel zoals hiervoor onder 4.3 beschreven." Zie* Besluit *Aghmadi en Jaghubi* (§ 17), besluit *Yeshtla* (§ 24), besluit *AD en LK* (§ 25) en besluit *Heerawi* (§ 16).

[68] EHRM, Pla en Puncernau tegen Andorra, arrest, nr. 69498/01, 13/07/2004, § 59.

met de Kinderopvangwet. Tot 23 oktober 2019 hanteerde de Afdeling bestuursrechtspraak geen afwegings- en evenredigheidstoets in Kinderopvangtoeslagzaken.

111. Artikel 1 Protocol 1 EVRM beschermt het recht van personen op vreedzaam genot van hun bezittingen. Volgens de jurisprudentie van het EHRM kan het begrip 'bezit' ook legitieme verwachtingen omvatten. Wil een verwachting 'legitiem' zijn, dan moet deze van een meer concrete aard zijn dan louter hoop, en gebaseerd zijn op een wettelijke bepaling of een rechtshandeling die betrekking heeft op het eigendomsbelang in kwestie.69 Het EHRM heeft geoordeeld dat artikel 1 Protocol 1 Het EVRM strekt zich ook uit tot sociale uitkeringen.70

112. Elke inmenging in deze eigendomsrechten vereist een rechtvaardiging in het algemeen belang.71 Dit houdt een fair balance-toets in, waarbij alle relevante elementen worden beoordeeld tegen de casusspecifieke achtergrond72, waaronder bijvoorbeeld de hoogte of het percentage van de geleden schade, de eventuele willekeur van een voorwaarde,73 de goede trouw van de verzoeker,74 en de impact op de middelen van bestaan van de verzoeker.75 Bovendien lijkt het Hof de terugwerkende kracht als een belangrijke factor te zien in deze afweging.76

113. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State was van oordeel dat artikel 1 Protocol 1 EVRM niet van toepassing was op voorwaardelijke uitkeringen zoals die betaald aan begunstigden in de Kinderopvangtoeslagzaak, omdat de voorschotten geen eigendom vormden ("no fair *overtuiging uit een voorschot kan worden afgeleid dat er recht op dat voorschot bestaat").77*

114. Dit zou komen doordat aanvragers uitkeringen kregen zonder enige verificatie van hun recht. Zolang hun recht nog niet was vastgesteld, konden verzoekers er niet op redelijke gronden van uitgaan dat zij daadwerkelijk recht hadden op de uitkering. Deze verificatie werd echter in veel gevallen pas een aantal jaren na de toekenning van de betaling afgerond. In de tussentijd waren de begunstigden van de betalingen afhankelijk van de betalingen om in hun levensonderhoud te kunnen voorzien. Begunstigden ontvingen betalingen die volledig konden worden ingetrokken (jaren in de toekomst) zonder of zonder hun eigen schuld.

115. Op 23 oktober 2019 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in hoger beroep twee arresten gewezen, waarmee zij haar eerdere rechtspraak over de kinderopvangtoeslag vernietigde en daarmee een einde maakte aan de 'alles of niets'-benadering.78 De Afdeling bestuursrechtspraak constateerde dat *"Door het grote aantal soortgelijke zaken dat in de loop der jaren bij de Afdeling is voorgelegd, is in meerdere zaken de ernst en omvang van de financiële gevolgen van de jurisprudentie zoals hierboven beschreven duidelijk geworden. Voor de Afdeling is dat niet gebleken gedurende deze periode dat dergelijke gevolgen in ernst of omvang zijn afgenomen. Deze zaak staat dus niet op zichzelf" (punt* 8.10 van het arrest).

---

[69] EHRM, Kopecký tegen Slowakije [GC], §§ 49-50; Centro Europa 7 SRL en di Stefano tegen Italië [GC], § 173; Saghinadze e.a. tegen Georgië, § 103; Ceni tegen Italië, §39; Béláné Nagy tegen Hongarije [GC], § 75.

[70] EHRM, Stec en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk (dec.) [GC], nrs. 65731/01 en 65900/01, § 54, EVRM 2005.

[71] EHRM, Kjartan Ásmundsson tegen IJsland, §§ 39-40; Rasmussen tegen Polen, § 71; Moskal tegen Polen, §§51 en 64; Grudiÿ tegen Servië, § 72; Hoogendijk tegen Nederland (dec.); Valkov e.a. tegen Bulgarije, §84; Philippou tegen Cyprus, § 59.

[72] EHRM, BélánéNagy tegen Hongarije [GC], § 117 en Stefanetti e.a. tegen Italië, § 59.

73 EHRM, Klein tegen Oostenrijk, § 55;

[74] EHRM, Moskal tegen Polen, § 44; ÿakareviÿ tegen Kroatië, §§ 60-65; Casarin tegen Italië, § 74.

75 EHRM, Šeiko tegen Litouwen, §§ 32-35.

[76] EHRM, Boelgakova tegen Rusland, § 47.

77 Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4445 en 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:691.

78 Een nauwgezette analyse van deze uitspraken is opgenomen in het PIC-rapport 2020 – Bijlage 2 (zie voetnoot 43), pp. 133-136.

116. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State komt tot de conclusie dat de Belastingdienst, anders dan hij eerder heeft geoordeeld, bij het vaststellen van het recht op voorschot kinderopvangtoeslag kan beoordelen welk bedrag aan kinderopvangtoeslag moet worden vastgesteld als een deel van de kosten zijn betaald. Bij die beoordeling dient de Belastingdienst artikel 3:4 AWB toe te passen en de betrokken belangen tegen elkaar af te wegen, waarbij de nadelige gevolgen van een besluit niet in onevenredige verhouding mogen staan tot het doel dat met het besluit wordt gediend.

De bepaling geeft de Belastingdienst een discretionaire bevoegdheid bij de vaststelling van het terug te vorderen bedrag.

117. Deze verandering in de rechtspraak moet worden toegejuicht. Het opende de weg voor het oplossen van moeilijkheden, voor financiële compensatie en voor het beëindigen van het onrecht, zoals dat in het PIC-rapport van 2020 werd genoemd.

118. In dit verband heeft de Commissie van Venetië consequent gewaarschuwd om 'de rechtsstaat' niet te beschouwen als een puur formeel concept in de zin van 'rule by law' en niet als een inhoudelijk concept,79 wat betekent dat het recht gepaard moet gaan met garanties tegen misbruik van wettelijke bevoegdheden.80 De checklist voor de rechtsstaat van de Commissie van Venetië stelt dat een *"machtsuitoefening die leidt tot inhoudelijk oneerlijke, onredelijke, irrationele of onderdrukkende beslissingen een schending is van de rechtsstaat".* Het lijkt veilig om te concluderen, wat ook door verschillende Nederlandse autoriteiten is gedaan, waaronder de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in haar twee uitspraken uit 2019, dat het toepassen van de "alles of niets"-benadering onder deze definitie valt.

119. Wat de juridische waarborgen tegen willekeur en machtsmisbruik betreft, moet allereerst worden opgemerkt dat de Grondwet een dergelijke garantie niet biedt, aangezien deze niet door de rechtbanken kan worden toegepast (zie hieronder).

C. Structuur van de administratieve rechterlijke macht

120. Net als in België en Luxemburg is het bestuursrechtssysteem in Nederland geïnspireerd op het Franse systeem met aan de top een *Raad van State* . Sommige hervormingen die in Frankrijk werden doorgevoerd, werden echter in Nederland niet gevolgd. Zo beslist de Raad van State in tweede en laatste aanleg, als volledig hoger beroep, en niet in cassatie. In Nederland zijn het dus de gewone rechtbanken die bevoegd zijn voor bestuurszaken in eerste aanleg. Volledige beroepen ten gronde tegen deze beslissingen gaan naar de Raad van State.81

121. De Raad van State heeft echter een dubbel karakter: hij is een adviesorgaan en een gerechtelijk orgaan. Het wordt voorgezeten door de Koning of Koningin, maar in de praktijk staat de Vice-President aan het hoofd van de instelling. De Raad van State is onderverdeeld in twee afdelingen: de Afdeling Advies adviseert regering en parlement over wetsontwerpen. Daarnaast beslist de Afdeling bestuursrechtspraak in laatste aanleg over beroepen tegen administratieve beslissingen van de rechtbanken van eerste aanleg.

122. Hoewel er twee afzonderlijke afdelingen zijn: adviserend en gerechtelijk, kunnen sommige leden van de Raad van State in beide afdelingen zitting hebben. In Nederland is er discussie geweest over dit dubbele karakter van de Raad van State, maar op Europees niveau heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in dit systeem geen schending van het Verdrag geoordeeld.82

---

79 Commissie van Venetië, CDL-AD(2016)007, checklist voor de rechtsstaat, IA para. 15.
80 Commissie van Venetië, CDL-AD(2016)007, checklist voor de rechtsstaat, II.C Preventie van misbruik (misbruik) van bevoegdheden.
81 Beroep in een aantal bestuurszaken gaat echter in hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Deze zaken omvatten: ziekte- en moederschapsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen, ouderdomsuitkeringen, nabestaandenuitkeringen, tirades bij overlijden, werkloosheidsuitkeringen, gezinsbijslagen, sociale bijstand, uitkeringen voor oorlogsslachtoffers, ambtenarenkwesties.
82 Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Kleyn en anderen tegen Nederland [GC] - 39651/98, 39343/98, 46664/99 et al. Arrêt 6.5.2003 [GC].

123. Niettemin heeft de Nederlandse wetgever stappen ondernomen om de adviesfunctie beter te scheiden van de rechterlijke functie. De wetgever heeft echter niet de volledige weg gevolgd. Het aantal leden van de Raad van State dat in beide divisies zitting kan nemen, wordt hierdoor teruggebracht tot tien. In de praktijk vervullen nog slechts twee leden van de Raad van State deze dubbele functie, en de Commissie kreeg te horen dat het zeer onwaarschijnlijk zou zijn dat er in beide afdelingen nieuwe leden zouden worden benoemd.

124. In het licht van een duidelijke scheiding der machten is de stap om de twee functies binnen de Raad van State te scheiden beslist positief. Het is belangrijk dat de scheiding van de twee functies zichtbaar is.83 De Nederlandse wetgever zou kunnen overwegen een stap verder te gaan en de mogelijkheid voor leden om in beide divisies te zitten of de divisies institutioneel te scheiden te schrappen.

D. Constitutionele toetsing

125. Een vraagstuk dat door meerdere gesprekspartners aan de orde is gesteld, is het ontbreken van grondwettelijke toetsing in Nederland. Artikel 120 van de Nederlandse Grondwet stelt dat *"de grondwettigheid van wetten en verdragen niet door de rechtbanken mag worden getoetst."* Dit betekent dat zelfs als een rechter tot de conclusie komt dat het recht dat hij moet toepassen flagrant ongrondwettelijk is, hij nog steeds verplicht zal zijn dat recht toe te passen.84 Dit maakt Nederland de enige lidstaat van de Raad van Europa en de Commissie van Venetië die volledig sluit constitutionele toetsing uit.

126. In de praktijk is het de Afdeling advisering van de Raad van State die a priori advies uitbrengt over de grondwettigheid van wetsvoorstellen. Deze adviserende rol is inderdaad zeer belangrijk en moet behouden blijven. Wel zal de Afdeling advisering van de Raad van State op een gegeven moment adviseren over wetsvoorstellen. Ook over latere amendementen in het parlement zal er niet systematisch om advies worden gevraagd. Belangrijker nog is dat ongrondwettigheid vaak pas aan het licht komt in de praktijk van de toepassing van wetten.85 Artikel 120 van de Grondwet verplicht de rechtbanken een wettelijke bepaling toe te passen, zelfs als deze duidelijk ongrondwettelijk is.

127. Niettemin is het ontbreken van grondwettelijke toetsing in Nederland in de meeste gevallen geen probleem. Dankzij het monistische systeem van artikel 94 van de Grondwet86 is de bescherming van de mensenrechten in Nederland goed verankerd. De Nederlandse rechter zal een nationale wettelijke bepaling niet toepassen als deze in strijd is met het internationaal recht, met name het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

128. In het specifieke geval van de Kinderopvangtoeslagzaak was deze waarborg van het internationaal recht echter niet van toepassing, omdat de Raad van State had besloten dat noch artikel 6 EVRM, noch artikel 1 Protocol 1 EVRM in deze gevallen van toepassing zou zijn. Het Verdrag fungeerde niet als waarborg tegen de problematische interpretatie van de relevante wetgeving inzake kinderopvangtoeslagen.

129. Er zijn gebieden waar het EVRM en andere mensenrechtenverdragen geen remedies bieden, en waar er ruimte zou kunnen zijn voor constitutionele toetsing of andere binnenlandse mechanismen om de grondwettigheid van wetten en besluiten te waarborgen. De Commissie van Venetië merkt op dat, hoewel de meeste van haar lidstaten een vorm van toegang tot individuele constitutionele gerechtigheid bieden, dit geen verplichting is en dat er een grote verscheidenheid aan modellen bestaat om de suprematie van de grondwet te waarborgen.

---

[83] CDL-AD(2018)028, Malta - Advies over constitutionele regelingen en de scheiding der machten en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de rechtshandhaving, para. 144.

84 Voor rechtspraak in de CODICES-databank, zie: NED-2013-2-006, NED-2012-2-007, NED-2007-1-003, NED-2007-1-001, NED-2006-3-001, NED-1998-3-022 (www.CODICES.CoE.int).

85 Commissie van Venetië, CDL-AD(2011)001 Advies over drie juridische vragen die zich voordoen tijdens het proces van het opstellen van de nieuwe grondwet van Hongarije, para. 49.

86 Artikel 94 Grondwet - Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke regelingen zijn niet van toepassing indien die toepassing in strijd is met bepalingen van voor een ieder bindende verdragen of met besluiten van internationale instellingen.

de Grondwet, zowel wat betreft controle *vooraf* op wetgevend niveau als controle *achteraf* . 87 De Commissie wil ook benadrukken dat het niet duidelijk is of grondwettelijke toetsing de zaak Kinderopvangtoeslag zou hebben voorkomen, aangezien de doeltreffendheid van een dergelijke toetsing ook afhangt van het soort normen in de Grondwet. In het licht van de ervaringen met de Kinderopvangtoeslagzaak is het aan de Nederlandse autoriteiten om te overwegen of artikel 120 van de Grondwet moet worden gewijzigd, of dat er andere mechanismen voor constitutionele toetsing nodig zijn. In ieder geval moet de invoering van constitutionele toetsing niet worden beschouwd als een snelle oplossing, maar moet deze gebaseerd zijn op een diepgaande analyse van de rechtenbescherming in het Nederlandse rechtssysteem en zijn instituties.

E. Dialoog en rapportage

130. De rechterlijke macht heeft een uniek inzicht in de praktische werking van wetgeving. De rechterlijke macht spreekt via haar oordelen, en het is vaak de academische wereld die die informatie verzamelt, maar de rechterlijke macht kan ook deelnemen aan discussies en rondetafelgesprekken die door andere staatsmachten worden georganiseerd. De rechterlijke macht kan dus een waardevolle informatiebron voor de wetgever zijn, aangezien systemische problemen bij de interpretatie en toepassing van de wet duidelijk zullen worden in de jurisprudentie van de rechtbank.

131. De Commissie heeft vernomen dat in Nederland slechts zo'n 5 procent van de rechterlijke uitspraken wordt gepubliceerd. In sommige landen kost het anonimiseren van uitspraken veel tijd en energie.88 Met behulp van IT-hulpmiddelen zou het echter mogelijk kunnen zijn om de zaken vanaf het begin zo voor te bereiden dat ze op anonieme wijze kunnen worden gepubliceerd als de onderdelen identificatie mogelijk maken. van de zaak worden afzonderlijk bewaard en toegevoegd in de versie die uitsluitend voor partijen beschikbaar is. Een dergelijke techniek zou de publicatie van een veel hoger percentage uitspraken mogelijk kunnen maken. Dit is vooral van belang om toegang te krijgen tot de redenering in de uitspraken van de hoogste rechtbanken.

132. Sommige gesprekspartners suggereerden dat de rechterlijke macht jaarlijks een rapport zou indienen bij de andere takken van de overheid over de toepassing van de wet en/of dat er regelmatig rondetafelconferenties zouden plaatsvinden tussen de rechterlijke macht, de wetgevende macht en de uitvoerende macht. Dit lijken zeer efficiënte en praktische maatregelen te zijn, die welkom zouden zijn. Het zou afhangen van de Nederlandse tradities hoe kanalen voor de rechterlijke macht zouden kunnen worden opgezet om de aandacht van de andere takken te vestigen op wetgeving die in de praktijk aanleiding geeft tot systemische problemen. Ongeacht hoe dergelijke systemen zijn opgezet, het doel ervan moet zijn om de informatiestroom tussen de verschillende takken van de overheid te versterken.

VII. Conclusie

133. De Commissie van Venetië heeft consequent gewaarschuwd om ‘de rechtsstaat’ niet te beschouwen als een puur formeel concept in de zin van ‘rule by law’ en niet als een inhoudelijk concept, wat betekent dat het recht gepaard moet gaan met garanties tegen misbruik van rechtsregels. krachten.

134. Nederland is over het algemeen een goed functionerende staat met sterke democratische instellingen en waarborgen voor de rechtsstaat. Hoewel de tekortkomingen op het gebied van de bescherming van individuele rechten die in de zaak Kinderopvangtoeslag aan het licht zijn gekomen inderdaad ernstig en systemisch zijn en alle takken van de samenleving betreffen,

87 Commissie van Venetië, CDL-AD(2021)039rev, Studie over individuele toegang tot constitutionele gerechtigheid, p. 4; CDL-AD(2016)007, Checklist voor de rechtsstaat, paragrafen. 108-113.
88 Zie over de noodzaak van anonimisering van uitspraken bijvoorbeeld: CDL-JU(2011)011, The anonymity require in publishing rechterlijke beslissingen - Verslag door mevrouw Kjersti Buun Nygaard, plaatsvervangend secretaris-generaal, Hooggerechtshof van Noorwegen (10e bijeenkomst van de gezamenlijke Conferentie van de Raad voor Constitutionele Rechtvaardigheid over "de anonimiteitsvereiste bij het publiceren van rechterlijke uitspraken"); CDL-JU(2011)012, L'anonymisation des arrêts au tribunal fédéral Suisse - rapport door M. Paul Tschümperlin, secretaris-generaal, Tribunal fédéral de la Suisse (10e bijeenkomst van de raadsvergadering over de grondwettelijke rechtspraak - conferentie over "de eis van de anonimiteit van de publicatie van juridictionele beslissingen"); CDL-JU(2011)010, De anonimiteitsvereiste bij het publiceren van rechterlijke beslissingen - Verslag door mevrouw Krisztina Kovács, adviseur, Constitutioneel Hof van Hongarije (10e bijeenkomst van de gezamenlijke conferentie van de Raad voor Constitutionele Rechtvaardigheid over "de anonimiteitsvereiste bij het publiceren van rechterlijke beslissingen") .

regering lijkt het erop dat de rechtsstaatmechanismen in Nederland uiteindelijk wel hebben gewerkt. De rapporten van de Ombudsman, de Kamercommissie en de wetswijzigingen laten de reactie zien van de verschillende mechanismen in het Nederlandse systeem. De rechtsstaatkwesties die uit de Kinderopvangtoeslagzaak naar voren komen, worden door alle takken van de overheid serieus genomen, wat zeer positief is. In het belang van de burgers lijkt Nederland in staat en bereid zijn fouten aan te pakken en te herstellen. Maar in dit geval heeft deze reactie veel langer geduurd dan nodig was, en er werd ernstige schade toegebracht aan de betrokken families en degenen die probeerden het probleem aan het licht te brengen, stuitten op veel weerstand. De Commissie van Venetië hoopt dat dit advies zal bijdragen aan het voortdurende hervormingsproces. Voorkomen is altijd beter dan

genezing.

135. De Commissie van Venetië verwelkomt daarom een aantal initiatieven die zijn genomen of nog lopen. Veel van deze hervormingen zijn aangekondigd in de brief van 15 januari 2021 van de premier aan de voorzitter van de Tweede Kamer en omvatten onder meer het verbeteren van de kwaliteit van de wetgeving door beter rekening te houden met de inbreng van het maatschappelijk middenveld en het ontwikkelen van pilotwetgeving, het verbeteren van de toegang tot informatie aan het Parlement en met name door de praktijk op te geven om “persoonlijke meningen” als interne documenten te beschouwen op basis van informatie die aan de rechtbanken wordt verstrekt, of door de informatiestroom binnen en tussen de ministeries te verbeteren.

136. De voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van Nederland heeft de Commissie van Venetië gevraagd haar bijdrage te leveren aan een zeer brede reflectie op wat er in Nederland moet gebeuren. De voorstellen van de Commissie van Venetië zijn niet alleen gebaseerd op normen, maar ook op vergelijkende ervaringen en gezond verstand. Een aantal van de voorstellen die in dit advies worden gedaan, zouden ook in de meeste andere landen nuttig kunnen zijn.

137. Gezien de complexiteit van de zaak moet dit hervormingsproces in verschillende sectoren worden ondernomen: de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht. De Commissie van Venetië doet de volgende voorstellen, die verstrekkend zijn en bedoeld zijn als stof tot nadenken in de door de Nederlandse autoriteiten te verrichten reflectie:

A. Wetgevende macht:

- de opname van hardheids- of evenredigheidsclausules moet worden overwogen in toekomstige wetgeving wanneer dit passend is voor de specifieke doelstellingen en opzet van het beleid in kwestie;
- in passende delen zou nieuwe wetgeving bepalingen kunnen bevatten die de algemene basisbeginselen van goed bestuur in herinnering brengen of herformuleren;
- het Reglement van Orde van het Parlement zou kunnen worden gewijzigd om de controle op de uitvoerende macht te vergemakkelijken, dit zou bijvoorbeeld kunnen worden gedaan door de rechten van dertig parlementsleden uit te breiden om ook hoorzittingen en parlementaire onderzoeken te initiëren of door ervoor te zorgen dat een vaste commissie specifieke verantwoordelijkheid heeft voor effectieve toezicht op wetten en de toepassing ervan op de naleving van de algemene beginselen van goed bestuur en de rechtsstaat;
- het recht van parlementsleden op onverwijld volledige informatie op grond van artikel 68 van de De grondwet moet praktisch en effectief worden gemaakt;
- zowel commissies als individuele parlementsleden moeten kunnen profiteren van voldoende personeel en middelen die bestemd zijn voor toezicht op de overheid en de wetten;
- wat de houding betreft, hoewel dit niet door middel van wetgeving kan worden opgelegd, moet het als aanvaardbaar en zelfs normaal worden beschouwd dat parlementsleden van regeringspartijen het Parlement ook als instituut vertegenwoordigen en dat deelname aan parlementaire controle op de De overheid is geen daad van ontrouw.

B. Uitvoerende macht:

- De informatiestroom binnen het ambtenarenapparaat en tot op ministerieel niveau, met name over kwesties die ingaan tegen het huidige beleid, moeten verbeterd worden;
- voor individuen moet de toegang tot relevante informatie gemakkelijker worden gemaakt, klachtenprocedures moeten eenvoudig en informeel worden gemaakt en er moet hulp worden geboden bij het indienen van een klacht, op grond van de neutraliteitsplicht;
- de uitvoerende macht moet haar Instructies over wetgeving herzien en indien nodig aanpassen om te garanderen dat haar interne beoordeling van de kwaliteit van de wetgeving ook effectief toezicht houdt op de naleving van de basisbeginselen van goed bestuur en de rechtsstaat, zoals rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen; non-discriminatie, individuele beoordeling en evenredigheid;
- de uitvoerende macht moet de kwaliteit van het recht beoordelen en waarborgen, zowel bij het voorbereiden van wetgeving die aan het parlement moet worden voorgelegd als bij het toepassen van nieuwe wettelijke bepalingen, rekening houdend met mogelijke scenario's en risico's; dergelijke beoordelingen moeten indien nodig worden herzien;
- de uitvoerende macht, de commissaris voor gegevensbescherming en andere relevante instanties moeten de ontwikkelingen op het gebied van kunstmatige intelligentie nauwlettend volgen en er moet rekening worden gehouden met nieuwe ontwikkelingen bij het ontwerp van toekomstige AI-systemen en wanneer bestaande systemen worden herzien;
- sectorale informatie moet breed worden gedeeld binnen de overheid om relevante informatie mogelijk te maken ook input van andere sectoren van de overheid.

C. Rechterlijke macht

- Er zouden kanalen kunnen worden opgezet waar de rechterlijke macht de aandacht van de andere takken op kan vestigen wetgeving die in de praktijk tot systeemproblemen leidt;
- op basis van een diepgaande analyse zou kunnen worden overwogen of artikel 120 van de Grondwet moet worden gewijzigd, of dat andere mechanismen voor constitutionele toetsing moeten worden ingevoerd.

138. De Commissie van Venetië heeft er vertrouwen in dat de lopende hervormingen en verdere hervormingen zullen leiden tot een verbetering van de situatie, waardoor een herhaling van de problemen die aan het licht kwamen in de zaak Kinderopvangtoeslag wordt vermeden. De Commissie blijft ter beschikking van de Nederlandse autoriteiten voor verdere hulp in deze kwestie.